# Der Verschuldensbegriff bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

**Inaugural-Dissertation**

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

**Kurt Meyer**

**Assessor in Berlin**

**1965**

1966

# Der Verschuldensbegriff bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

**Inaugural-Dissertation**

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

**Kurt Meyer**

**Assessor in Berlin**

**1965**

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Götz Hueck
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Herbert Wiedemann
Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 1966

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546527_0031

# Literaturverzeichnis


| | |
|---|---|
| ACHILLES-GREIFF | BGB, 20. Auflage 1958 |
| ANSCHÜTZ-v. VÖLDERNDORFF | Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche, I. Band, 1868 |
| BALLERSTEDT | Besprechung von Reimer Schmidt's Monographie "Die Obliegenheiten", in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR) 121/78 |
| BAUMBACH-DUDEN | Handelsgesetzbuch, 16. neubearbeitete Auflage 1964 |
| BLEY | Vergleichsordnung, Kommentar, 2. neubearbeitete Auflage 1955 |
| BLOMEYER | Allgemeines Schuldrecht, 3. durchgesehene und ergänzte Auflage 1964 |
| BRACKMANN | Handbuch der Sozialversicherung, Band I, 1. bis 6. Auflage 1959 |
| v. CAEMMERER | Wandlungen des Deliktsrechts, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Band II, 1960, S. 49 ff |
| CROME | System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1902 |
| DERSCH | Wechselwirkungen zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherung auf dem Gebiet der Leistungen, in Recht der Arbeit (RdA) 1952/53 |
| DERSCH-NEUMANN | Bundesurlaubsgesetz, Kommentar, 2. völlig neubearbeitete Auflage 1963 |

| | |
|---|---|
| DÜRINGER-HACHENBURG | Das Handelsgesetzbuch, I. Band, Handelsstand, 2. Auflage 1908 |
| ENDEMANN | Das Deutsche Handelsrecht, 3. verbesserte Auflage 1876 |
| ENNECCERUS | Rede in der 2. Plenarberatung des Reichstages über das Bürgerliche Gesetzbuch, in Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 1345 ff |
| ENNECCERUS-LEHMANN | Recht der Schuldverhältnisse, ein Lehrbuch, 15. Bearbeitung 1958 |
| ENNECCERUS-NIPPERDEY | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, ein Lehrbuch, 15. neubearbeitete Auflage, 1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960 |
| ENTWURF | Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg von 1839 |
| | Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten von 1857 |
| | Entwurf eines Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (Lohnfortzahlungsgesetz), in Bundesratsdrucksache Nr. 343/1962 |
| ERBLER | Fortbezug des Arbeitsentgelts bei unverschuldeter Leistungsverhinderung, insbesondere bei Krankheit des Beschäftigten, in Deutsches Arbeitsrecht (DAR) 1938/286 |
| ERMAN | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 3. neubearbeitete Auflage 1962 |

| | |
|---|---|
| ESSER | Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, ein Lehrbuch, 2. vollkommen neubearbeitete Auflage 1960 |
| FLUHR | Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis, 1940 |
| GOLDMANN | Das Handelsgesetzbuch, 1. Band, 1901 |
| GROS | Arbeitsausfall, in Arbeitsrecht-blattei, Handbuch für die Praxis, herausgegeben von Friedrich Sitzler (Forkelverlag) |
| GUMPERT | Anspruch auf Gehalt oder Kranken-geldzuschuß bei Unfall in einem zweiten Arbeitsverhältnis, in Betriebsberater (BB) 1960/524 |
| HESSEL | Krankheit im Arbeitsrecht, 3. ergänzte und erweiterte Auflage 1961 |
| HUECK-NIPPERDEY | Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Band von Alfred Hueck, 1928,<br>3. bis 5. neubearbeitete Auflage 1931,<br>6. völlig neubearbeitete Auflage 1959,<br>7. neubearbeitete Auflage 1963 |
| KASKEL-DERSCH | Arbeitsrecht,<br>4. Auflage 1932,<br>5. Auflage 1957 |
| KLEEIS | Die Geschichte der sozialen Versicherung in Deutschland, 1928 |
| KOCH | Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 3. verbesserte und vermehrte Auflage 1858 |
| KOCH-HINSCHIUS | Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Kommentar, III. Band, 6. Ausgabe 1879 |

| | |
|---|---|
| KOHLER | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band: Vermögensrecht, 1. Teil: Schuldrecht, 1906 |
| KUHLENBECK | Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Teil, 1899 |
| LANDMANN-ROHMER | Gewerbeordnung, Kommentar, II. Band, 11. Auflage 1956 |
| LARENZ | Lehrbuch des Schuldrechts,<br>I. Band, Allgemeiner Teil,<br>6. durchgesehene und ergänzte Auflage 1963,<br>7. durchgesehene und ergänzte Auflage 1964,<br>II. Band, Besonderer Teil,<br>5. durchgesehene und ergänzte Auflage 1962,<br>7. neubearbeitete Auflage 1965<br><br>Vertrag und Unrecht, II. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, 1937 |
| LEHMANN | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. vermehrte und verbesserte Auflage 1960 |
| LEHMANN-RING | Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, 2. Auflage 1914 |
| LOTMAR | Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, II. Band, 1908 |
| MAUS | Handbuch des Arbeitsrechts, IV. Teil, Die rechtliche Gestaltung des einzelnen Arbeitsverhältnisses |
| MONJAU | Arbeitsverhinderung durch Sportunfall, in Arbeitsrechtblattei, "Krankheit des Arbeitnehmers" IV |
| MOTIVE | Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1888 |

| | |
|---|---|
| | Motive zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg, 1839 |
| NIKISCH | Arbeitsrecht, I. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage 1961 |
| OERTMANN | Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899,<br>2. völlig umgearbeitete Auflage 1906,<br>3. und 4. umgearbeitete Auflage 1910,<br>Bürgerliches Gesetzbuch, II. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Abteilung I §§ 241 - 432, 5. umgearbeitete Auflage 1928,<br>Abteilung II §§ 433 - 853, 5. Auflage 1929 |
| PALANDT | Bürgerliches Gesetzbuch,<br>22. neubearbeitete Auflage 1963,<br>24. neubearbeitete Auflage 1965 |
| PLANCK | Bürgerliches Gesetzbuch,<br>II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3. vermehrte und verbesserte Auflage 1907,<br>II. Band 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), 4. völlig neubearbeitete Auflage 1914,<br>II. Band 2. Hälfte, Rechte der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. völlig neubearbeitete Auflage 1928 |
| PUCHELT | Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, I. Band, 2. vermehrte und verbesserte Auflage 1876 |
| RGRK | Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern,<br>I. Band 2. Teil, 11. Auflage 1960,<br>II. Band, 10. Auflage 1953,<br>II. Band 1. Teil, 11. Auflage 1959 |

| | |
|---|---|
| | Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, I. Band, bearbeitet von Würdinger, 2. Auflage 1953 |
| RÜMELIN | Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, in Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 90/171 |
| SCHELP-HERBST | Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, in Bundesarbeitsblatt (BArbBl) 1956/67 |
| SCHELP-TRIESCHMANN | Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle, 1958 |
| SCHLEGELBERGER | Handelsgesetzbuch, I. Band, 4. überarbeitete und ergänzte Auflage 1960 |
| SCHMATZ-FISCHWASSER | Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle, 4. neubearbeitete Auflage 1961 |
| SCHMIDT,REIMER | Die Obliegenheiten, 1953 |
| SCHNORR VON CAROLSFELD | Arbeitsrecht, 2. neubearbeitete Auflage 1954 |
| SCHWEGMANN | Zur Dogmatik des § 616 BGB, Diss. 1962 |
| SINZHEIMER | Lohn und Aufrechnung, 1902 |
| SOERGEL | Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, §§ 1 - 432, 8. neubearbeitete Auflage 1952 |
| SOERGEL-SIEBERT | Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, §§ 1 - 432, 9. neubearbeitete Auflage 1959<br>II. Band, §§ 433 - 853, 9. neubearbeitete Auflage 1962 |

| | |
|---|---|
| STAUB | Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1893 |
| | Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Band, 1. Halbband §§ 1 - 177, 14. Auflage 1932 |
| STAUDINGER | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, |
| | II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, I. Teil §§ 241 - 580, 7./8. Auflage 1912, Teil 1 c §§ 249 - 432, 11. neubearbeitete Auflage 1959 |
| | 2. Recht der Schuldverhältnisse, b. Besonderer Teil, 2. neubearbeitete Auflage 1906, |
| | II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, II. Teil §§ 581 - 853, 3./4. Auflage 1908, 7./8. Auflage 1912, |
| | II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil §§ 433 - 630, 9. Auflage 1928, 3. Teil §§ 611 - 822, 10. Auflage 1939, 3. Teil §§ 611 - 704, 11. neubearbeitete Auflage 1958, |
| STIER-SOMLO | Deutsche Sozialgesetzgebung, 1906 |
| TITZE | Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, II. Band, 1918, S. 545 ff |
| ZITELMANN | Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1900 |

## Inhaltsübersicht


| | Seite |
|---|---|
| Einleitung | 1 |
| I. Trennung der Verschuldensfrage bei Krankheit von der Verschuldensfrage in den übrigen Fällen der Lohnfortzahlung | 3 |
| II. Geschichte und Ursachen der Verschuldensproblematik | 9 |
| 1. Entwicklung der Lohnfortzahlung seit Beginn des 19. Jahrhunderts | 9 |
| a) Fortzahlung der Vergütung bei Krankheit in früheren Jahrhunderten | 9 |
| b) Das Verschwinden der Lohnfortzahlung als Folge der Industriealisierung und des Liberalismus | 11 |
| c) Beginn des modernen Schutzes des Arbeitnehmers bei Krankheit | 12 |
| d) Von der nachgiebigen zur zwingenden Entgeltfortgewährung | 13 |
| 2. Entstehen der Voraussetzung des fehlenden Verschuldens für die Lohnfortzahlung | 14 |
| 3. Ausschluß der Fälle leichter Unvorsichtigkeit aus dem Verschulden | 18 |
| 4. Das Problem der Norm, auf deren Verletzung sich das Verschulden bezieht | 22 |
| III. Schuldhafte Verletzung des Arbeitsvertrages | 27 |
| 1. Die auf Lotmar zurückgehende Ansicht von der Arbeitspflichtverletzung | 27 |
| a) Darstellung der Lehre | 27 |
| b) Kritik | 28 |
| 2. Die Ansicht Schnorrs von Carolsfeld | 37 |
| IV. Verschulden gegen sich selbst | 39 |
| 1. Darstellung der Lehre | 39 |

Seite

2. Kritik 42
a) Praktische Ergebnisse 42
b) Beschränkung des Verschuldens 42
c) Selbstverschulden und sittliches Verschulden 44
d) Systematische Schwierigkeiten 45
aa) Unterschiede zwischen der Regelung des § 254 Absatz 1 BGB und der des § 616 Absatz 1 BGB 45
bb) Fehlende Beziehung zum Arbeitsverhältnis 52
e) Zusammenfassung 59

3. Gebot zur Wahrung der eigenen Belange als Statuspflicht des Arbeitnehmers 60

V. Verschulden als Verstoß gegen die Treuepflicht 63
1. Vorwurf treuwidriger Inanspruchnahme des Arbeitgebers 63
a) Darstellung der Lehre 63
b) Kritik 65

2. Verstoß gegen die Treuepflicht durch Herbeiführung der Krankheit 68

VI. Ausgangspunkte für eine andere Lösung 69
1. Ausschluß der Fälle leichter Fahrlässigkeit 70

2. Keine Verletzung einer Vertragspflicht allein durch schuldhafte Herbeiführung der Krankheit 77

3. Starker Druck durch Androhung des Lohnentzuges 86

4. Zusammenfassung 88

VII. Obliegenheit des Arbeitnehmers zur Vermeidung von Krankheiten 88
1. Notwendigkeit eines Bezugspunktes für das Verschulden 88

Seite

2. Mögliche Bezugspunkte 90
   a) Echte Vertragspflicht 90
   b) Unvollkommene Verbindlichkeit 91
   c) Obliegenheit 94

3. Verwendung des Obliegenheitsbegriffes zur Lösung der Verschuldensproblematik bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall 96
   a) Bloßer Anspruchsverlust bei verschuldeter Erkrankung 96
   b) Gespaltene Interessenlage 96
   c) Der Gesetzeszweck des § 616 Absatz 1 BGB 99
   d) Die Obliegenheit als Bezugspunkt wird dem Verschuldensbegriff besser gerecht als die Ansatzpunkte der bisherigen Lösungen 101

4. Rechtswidrigkeitsfragen 106

5. Verschuldensmaßstab 108

## Einleitung

Führt im Arbeitsverhältnis eine Erkrankung des Arbeitnehmers zu seiner vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit, so muß der Arbeitgeber ihm in der Regel die Vergütung weitergewähren, obwohl die Arbeitsleistung unterbleibt. Diese sogenannte Lohnfortzahlung ist für die einzelnen Gruppen von Arbeitnehmern nicht einheitlich, sondern in einer Reihe verschiedener Gesetze geregelt.

Grundlegend ist die Vorschrift des § 616 Absatz 1 Satz 1 BGB. Sie bestimmt:

> "Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruches auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird."

Ihr Hauptanwendungsfall ist die Krankheit des Arbeitnehmers. Vorausgesetzt wird für die Pflicht zur Weiterzahlung des Lohnes, daß den Arbeitnehmer an der Verhinderung kein Verschulden trifft. Diese Beschränkung des Anspruches bereitet dem theoretischen Verständnis wie der praktischen Gesetzesanwendung seit der Geltung des BGB Schwierigkeiten.

Unklar ist, ob das Verschulden im Sinne des § 616 BGB einen Vorwurf enthält, welcher Art er ist und wie streng der Maßstab ist, der an die zur Arbeitsverhinderung führenden Handlungen oder Unterlassungen des Arbeitnehmers gelegt werden soll, ob also der leichteste oder nur ein schwerer Vorwurf genügt. Die für alle Schuldverhältnisse geltende Vorschrift des § 276 BGB, wonach der Schuldner, sofern nichts anderes bestimmt ist,

Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, bezieht sich auf die Verletzung der dem Gläubiger gegenüber bestehenden Vertragspflichten. Ob den Arbeitnehmer solche Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber im Hinblick auf die Arbeitsverhinderung, vor allem bezüglich seiner Gesundheit, treffen, ist zweifelhaft.

Das BGB spricht gelegentlich auch dort von Verschulden, wo jemand nicht eine ihm im Interesse eines anderen auferlegte Pflicht verletzt, sondern sich selbst schädigt (vgl. zum Beispiel §§ 254, 351 BGB). Daher könnte das Verschulden des § 616 BGB in diesem Sinne verstanden werden.

Schließlich kann die Erkenntnis von der Notwendigkeit, die Lohnfortzahlung in bestimmtem Umfange von dem die Dienstverhinderung verursachenden Verhalten des Arbeitnehmers abhängig zu machen, dazu führen, allgemeine Grundsätze des Arbeitsvertragsrechts zur sinnvollen Einschränkung der Vergütungsfortgewährung heranzuziehen, besonders das Prinzip von Treu und Glauben im Rahmen des als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis verstandenen Arbeitsverhältnisses.

Diese Fragen zum Verschuldensbegriff treten zwar in der Rechtsprechung heute nicht mehr so stark hervor wie früher, weil die Gerichte mit umschreibenden Formulierungen wie "grob leichtfertigem", "mutwilligem" oder "unverständigem" Verhalten zu guten praktischen Ergebnissen kommen [1]. Damit verdecken sie jedoch die eigentlichen Schwierigkeiten. Das ist verständlich, denn sie richten ihr Hauptaugenmerk naturgemäß darauf, den weiten Beurteilungsspiel-

---

1) Vgl. z.B. LAG Stuttgart Urteil vom 30. Juni 1953 in AP Nr. 1 zu § 63 HGB; LAG Hamm Urteil vom 29. Mai 1951 in RdA 1951/396

raum, den ihnen notwendig jeder Verschuldensbegriff lassen muß, auszufüllen. In der Lehre bestehen dagegen immer noch starke Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung des Verschuldens bei der Lohnfortzahlung. Eine eingehende Behandlung dieser Frage dient nicht nur der theoretischen Klarstellung, sondern kann auch der Praxis einen festen Maßstab zur Anwendung des § 616 BGB in die Hand geben, damit sie nicht weiterhin einen ziel- und richtungslosen Verschuldensbegriff zu benutzen braucht.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf den arbeitsrechtlichen Geltungsbereich der Lohnfortzahlung. Sie befaßt sich nur mit den von ihrem Dienstherrn abhängigen Dienstverpflichteten, den Arbeitnehmern im Sinne des Arbeitsrechts. Die Rechtsverhältnisse der persönlich nicht abhängigen Dienstverpflichteten, auf die sich die Entgeltfortgewährung nach § 616 BGB gleichfalls erstreckt, bleiben außer Betracht. Dieser kleine wegen seiner meist auch sozialen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit den Vorteil des § 616 BGB selten in Anspruch nehmende Personenkreis unterscheidet sich durch die Selbständigkeit gegenüber dem Dienstgeber so wesentlich von den Arbeitnehmern, daß für ihn die Probleme der in der Hauptsache zum Ausgleich der Abhängigkeit eingeführten Vergütungsfortgewährung und ihres Verschuldensbegriffes völlig anders liegen und eine gesonderte Beantwortung erfordern.

## I. Trennung der Verschuldensfrage bei Krankheit von der Verschuldensfrage in den übrigen Fällen der Lohnfortzahlung

Neben der allgemeinen Regelung des § 616 BGB beruht die Lohnfortzahlung für einzelne Gruppen von Arbeitnehmern im wesentlichen noch auf

folgenden Sondervorschriften:

§ 63 Absatz 1 Satz 1 HGB:

> "Wird der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus."

§ 133 c Absatz 2 Satz 1 GewO:

> "In dem Falle zu 4 bleibt der Anspruch auf die vertragsmäßigen Leistungen des Arbeitgebers für die Dauer von sechs Wochen in Kraft, wenn die Verrichtung der Dienste durch unverschuldetes Unglück verhindert worden ist."

§ 1 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle (ArbKrankhG):

> "Ist ein Arbeiter infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert (Arbeitsunfähigkeit), ohne daß ihn ein Verschulden trifft, so hat er gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung eines Zuschusses zu den Leistungen aus der gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung."

Abgesehen von Erkrankungen behält der Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch nach § 616 BGB bei sämtlichen unverschuldeten vorübergehenden Arbeitsverhinderungen, deren Grund in seiner Person liegt, und gemäß §§ 63 HGB, 133 c Absatz 2 GewO in allen Fällen unverschuldeten Unglücks. Die zentrale Bestimmung des § 616 BGB erstreckt sich damit über die Arbeitsunfähigkeit hinaus auf jede Unmöglichkeit der Leistung aus persönlichen Gründen, wie etwa Versäumen des rechtzeitigen Arbeitsantrittes (Zugversäumnis) oder Freiheitsentziehung, und auf die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung, zum Beispiel wegen Erfüllung höherrangiger Pflichten, wie die Ausübung staatlicher Ehrenämter (Laienrichter, Beisitzer einer Verwaltungsbehörde) oder

politischer Ämter, Erscheinen vor Gericht als Partei, Zeuge oder Sachverständiger, wegen Erfüllung religiöser oder moralischer Pflichten (Rettung eines anderen aus Lebensgefahr) sowie wegen des Todes oder schwerer Krankheit naher Familienangehöriger.

Die Herauslösung der Arbeitsunfähigkeit aus diesem gesamten Bereich der persönlichen Dienstverhinderungen rechtfertigt sich, weil sie bei weitem den größten Teil der Lohnfortzahlungen in der Praxis ausmacht, bei ihr das entscheidende Problem liegt und für sie wegen des einheitlichen Hinderungsgrundes auch ein einheitlicher subjektiver Maßstab in Frage kommt. Die anderen von § 616 BGB erfaßten Fälle dagegen bestehen aus Arbeitsverhinderungen der verschiedensten Arten, auf deren Eintritt der Arbeitnehmer teils uneingeschränkten, teils nur geringen und teils gar keinen Einfluß hat, wie etwa Untersuchungshaft, Versäumen eines Zuges, Hilfeleistung zur Rettung anderer aus Lebensgefahr oder Krankheit naher Familienangehöriger. Bei dieser Gruppe wird man daher ein subjektives Kriterium nicht immer aufstellen können, und wo doch, da muß möglicherweise an das Verhalten des Arbeitnehmers ein anderer Maßstab gelegt werden, als bei dessen Krankheit.

Wie richtig die Trennung ist, zeigen auch die Vorschriften des § 616 Absatz 2 BGB und des § 1 ArbKrankhG. Sie schreiben die Vergütungsfortgewährung zwingend vor, aber nur im Krankheitsfall, und zwar die erste Bestimmung für Angestellte und die zweite für Arbeiter. Dabei werden jedoch die bedeutungsloseren anderen Dienstverhinderungen weiterhin der nachgiebigen Regelung des § 616 BGB überlassen. Ebenso sieht der Entwurf eines für alle Arbeitnehmer einheit-

lich gedachten Lohnfortzahlungsgesetzes lediglich die Regelung der Krankheitsfälle vor [1]. Die genannten sonstigen persönlichen Arbeitsverhinderungen werden in der Praxis meist unter Ausschaltung des § 616 BGB durch Tarifverträge bis ins einzelne geregelt. Dabei wird kein Verschuldensmerkmal verwendet, was bei der Erfüllung öffentlicher Pflichten oder bei ungewöhnlichen Ereignissen im engsten Familienkreis auch gar nicht möglich wäre [2].

Die Trennung wird selbst auf die Gefahr hin unternommen, daß für die Arbeitsunfähigkeit der Verschuldensbegriff anders bestimmt werden muß als für die sonstigen Fälle des § 616 BGB. Die in den genannten gesetzlichen Vorschriften und dem Entwurf sich zeigende Entwicklung der Entgeltfortzahlungen bei Erkrankungen macht deutlich, daß die vom BGB gewollte einheitliche Regelung der vergütungsrechtlichen Folgen aller in der Person des Arbeitnehmers liegenden Arbeitsverhinderungen heute weitgehend nicht mehr besteht und auch in Zukunft nicht mehr wird aufrechterhalten werden können. Die Tarifverträge zeigen, daß die Praxis bei einem Teil der sonstigen persönlichen Dienstverhinderungen das vom Gesetz aufgestellte Verschuldensmerkmal - vollkommen zu Recht - fallen läßt. Damit ist der einheitliche Grundgedanke des § 616 BGB durch die Entwicklung der Gesetzgebung und des praktischen Arbeitslebens überholt worden, weil die in ihm zusammengefaßten Fälle tatsächlich zu

---

1) Entwurf eines Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (Lohnfortzahlungsgesetz), Bundesratsdrucksache Nr. 343/1962

2) Vgl. z.B. § 52 BAT vom 23. 2. 1961; § 33 des Manteltarifvertrages für Arbeiter der Länder vom 27. 2. 1964; § 4 I 3, 4 des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe vom 15. 3. 1962

verschiedenartig sind. Die Kommentatoren behandeln zwar nach wie vor sämtliche Fälle der Lohnfortzahlung als Einheit [1]; will man aber die Verschuldensprobleme genauer untersuchen, so ist die Herauslösung der Hauptgruppe der Erkrankungen erforderlich, zumindest zweckmäßig. Für diese Gruppe soll deshalb der Verschuldensbegriff geprüft werden ohne Rücksicht auf die bedeutungsloseren übrigen Fälle der Lohnfortzahlung.

In der folgenden Untersuchung soll unter Krankheit jeder regelwidrige körperliche oder geistige Zustand verstanden werden, der den Dienstpflichtigen an der vertragsmäßigen Arbeitsleistung hindert oder ihm ein dem Vertrag entsprechendes Arbeiten nur unter der Gefahr möglich macht, daß sich sein Zustand in absehbarer Zeit verschlimmert [2]. Die Ursachen des regelwidrigen Zustandes (Veranlagung, Ansteckung, Unfall) sollen dabei keine Rolle spielen.

Die dispositive [3] Regelung des § 616 Absatz 1 BGB ist bei Arbeitsverhinderung wegen

---

1) Für alle: Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl. 1958, Rdn. 9 ff zu § 616 BGB; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, 9. Aufl. 1962, Rdn. 9 und 11-14 zu § 616; abweichend allerdings BGB-RGRK-Denecke, 11. Aufl. 1959, der seine Kommentierung des § 616 von vornherein in Krankheitsfälle und sonstige Behinderungen unterteilt.

2) So das BAG in ständg. Rspr. zu § 1 ArbKrankhG: Urteil vom 21. April 1961, AP Nr. 32 zu § 1; Urteil vom 28. April 1960, BB 1960/781; Schmatz-Fischwasser, Arbeiterkrankheitsgesetz, 4. Aufl. 1961, Anm. III 1 b zu § 1

3) Umkehrschluß aus § 619 BGB, h.M. für alle: Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl., Rdn. 65 zu § 616 BGB; abweichend Dersch, RdA 1952/53 (56)

Krankheit im Laufe der Zeit für fast alle Arbeitnehmer ersetzt worden durch einen unabdingbaren Anspruch auf Entgeltfortgewährung für eine angemessene, meist sechswöchige Dauer: so für Handlungsgehilfen nach § 63 HGB, für die technischen Angestellten im Bergbau nach § 90 a PrBergG, für die sonstigen technischen Angestellten nach § 133 c Abs. 2 GewO, für die übrigen Angestellten nach § 616 Abs. 2 BGB, für Besatzungsmitglieder auf Seeschiffen nach § 48 SeemannsG und für Arbeiter nach § 1 ArbKrankhG, der allerdings nur einen Anspruch darauf gibt, daß das von der Krankenkasse zu leistende Krankengeld in Höhe von 65 bis 75 % des Nettoverdienstes durch Zuschuß auf 100 % des Nettolohnes ergänzt wird. Diese Bestimmungen, die sich nur in einigen hier nicht interessierenden Punkten voneinander unterscheiden, verwenden alle, ausgenommen § 48 SeemannsG, das Verschulden als einschränkendes Kriterium für die Lohnfortzahlung. Es ist anerkannt, daß die gebrauchten Verschuldensbegriffe, obwohl sie - nicht ganz einheitlich - sich z.B. in § 63 HGB und § 133 c Abs. 2 GewO grammatikalisch auf das den Angestellten treffende Unglück, dagegen in § 1 ArbKrankhG auf die Verhinderung des Arbeiters an der Arbeitsleistung beziehen, einander entsprechen [1]. Daher muß nahezu für jeden gesetzlich angeordneten Weiterbezug des Entgelts bei Arbeitsunfähigkeit die Frage beantwortet werden, ob der Arbeitnehmer

---

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Band, 7. Aufl. 1963, § 44 Fußn. 27; Nikisch, Arbeitsrecht, I. Band, 3. Aufl. 1961, § 43 II, III, IV 2c; Schlegelberger-Schröder, 4. Aufl. 1960, Rdn. 15 zu § 63 HGB; Schmatz-Fischwasser, 4. Aufl., Anm. III 2 zu § 1 ArbKrankhG; BAG Urteil vom 21. Januar 1960, AP Nr. 13 zu § 1 ArbKrankhG

die Krankheit schuldhaft verursacht hat oder nicht.

Soweit die Arbeitnehmer als Ausgleich für die Arbeitsunfähigkeit Leistungen aus der Sozialversicherung erhalten, wie die Arbeiter in Höhe von 65 bis 75 % ihres Nettolohnes gemäß den §§ 182, 165 RVO, spielt der arbeitsrechtliche Verschuldensbegriff, wie er in den einzelnen Lohnfortzahlungsregelungen verwendet wird, selbstverständlich keine Rolle. Eine Begrenzung des Krankengeldes im Hinblick auf das die Krankheit verursachende Verhalten des Arbeiters gibt es zwar in geringem Umfang, nämlich die mögliche Versagung der Versicherungsleistung bei vorsätzlich oder durch schuldhafte Beteiligung an Schlägereien oder Raufhändeln zugezogenen Krankheiten (§ 192 Abs. 1 Nr. 2 RVO), aber sie ist versicherungsrechtlicher Natur und grundverschieden von dem hier zu untersuchenden Verschuldensbegriff.

Zur Untersuchung der Verschuldensfrage bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall wird im folgenden die Bestimmung des § 616 BGB zum Ausgangspunkt genommen, weil sie die grundlegende, umfassendste und zentralste Regelung ist und die übrigen Vorschriften, soweit es um das Verschulden bei Arbeitsunfähigkeit geht, nicht von ihr abweichen.

## II. Geschichte und Ursachen der Verschuldensproblematik

### 1. Entwicklung der Lohnfortzahlung seit Beginn des 19. Jahrhunderts

#### a) Fortzahlung der Vergütung bei Krankheit in früheren Jahrhunderten

Bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts stand den meisten unselbständig Beschäftigten

auf Grund deutschrechtlicher Vorstellungen bei vorübergehender Erkrankung ein Anspruch auf Weiterbezug des ganzen oder doch eines wesentlichen Teiles des Entgelts zu. Dieses wurde allerdings oft überwiegend in natura gewährt (Unterkunft, Verpflegung und manchmal auch Bekleidung) und dann insoweit vom Dienstherrn weiter erbracht.

So erhielt das Gesinde nach Teil II Titel 5 §§ 86, 87 ALR, die wörtlich in die preußische Gesindeordnung vom 8. November 1810 übernommen wurden, den Lohn bei Dienstunfällen weiter. Für außerdienstliche Erkrankungen war dies streitig, wurde aber überwiegend bejaht [1]. Ähnliche Regelungen sahen die Gesindeordnungen vieler anderer deutscher Staaten vor [2]. Die gewerblichen Arbeiter im Bergbau bezogen bei jeder Arbeitsunfähigkeit das volle Entgelt fort, und zwar bei pfündigen Zechen für acht Wochen und bei mit Zuschuß betriebenen für vier Wochen. Diese in Teil II Titel 16 §§ 215 - 219 ALR aufgenommenen Bestimmungen entsprachen dem im deutschen Bergbau überall praktizierten Recht [3]. Die Seeleute hatten bei Arbeitsunfällen einen Anspruch auf Verpflegung und Heilung bis zur Genesung, bei außerdienstlichen - nach Antritt der Schiffsreise sich ereignenden - Unfällen konnten sie diese Leistungen bis zum Betrag der halben Heuer oder eines zweimonatlichen Soldes verlangen, Teil II Titel 8 §§ 1554 - 1560 ALR. Die Handwerksgesellen wurden

---

1) Vgl. Koch-Hinschius, ALR, III. Bd., 6. Ausgabe 1879, Fußn. 46 zu § 88 PrGesindeO

2) Stier-Somlo, Deutsche Sozialgesetzgebung, 1906, S. 17 f; Schwegmann, Zur Dogmatik des § 616 BGB, 1962, S 14

3) Stier-Somlo, a.a.O., S. 49

bis weit über den Ausgang des Mittelalters hinaus bei vorübergehender Krankheit, soweit sie der Hausgemeinschaft angehörten, von dem Meister weiter verpflegt und gepflegt [1]. Mit dem später einsetzenden Zerfall der Hausgemeinschaft übernahmen berufsgenossenschaftliche Einrichtungen der Zünfte und Gesellen (Büchse, Gesellenlade) diese Aufgaben [2].

b) Das Verschwinden der Lohnfortzahlung als Folge der Industrialisierung und des Liberalismus

Mit der Ablösung des Handwerks durch maschinell und nach dem Prinzip der Arbeitsteilung arbeitende Fabriken, dem Vordringen der liberalen Wirtschaftsauffassung, die eine nahezu schrankenlose Vertragsfreiheit forderte und im Dienstverhältnis nur einen Güteraustausch sah, sowie dem Zerbrechen der patriarchalischen die Person des Dienstpflichtigen in guten wie in bösen Tagen umfassenden Gewaltverhältnisse verschwand der Gedanke vom Fortbestand der Vergütungspflicht gegenüber dem erkrankten Beschäftigten [3]. Das galt in erster Linie für die neu entstandene und schnell wachsende Schicht der in den Fabriken und Großbetrieben tätigen gewerblichen Lohnarbeiter, deren Rechtsverhältnisse beispielsweise in Preußen durch das Allgemeine Landrecht und später die Allgemeine Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 völlig unzureichend geregelt waren. Sie wurden im Laufe des

---

1) Schwegmann, a.a.O., S. 11 f

2) Kleeis, Die Geschichte der sozialen Versicherung in Deutschland, 1928, S. 32; eine Pflicht der Gesellenlade zur Unterstützung unvermögender Gesellen im Krankheitsfall statuierte Teil II Titel 8 § 353 ALR.

3) Nikisch I, 3. Aufl., § 43 I 1

19. Jahrhunderts zur größten Arbeitnehmergruppe. Im Handwerk vergrößerte sich ständig die Zahl der Gesellen, die keine Aussicht hatten, einmal selbständig zu werden. Starke Spannungen zwischen ihnen und den Meistern entstanden. Die Fürsorge der letzteren bei Erkrankungen ging fast völlig zurück. Die Bestimmungen der Gesindeordnungen blieben zwar bestehen, verloren aber an Bedeutung, weil Dienstverhältnisse dieser Art besonders wegen der großen Abwanderung der ländlichen Bevölkerung in die Städte und zur Industrie zurückgedrängt wurden und langsam ausstarben. Alle Arbeitsverhältnisse, ausgenommen die mit standesrechtlichem Einschlag, wurden nach den Partikularrechten und nach gemeinem Recht dem römisch-rechtlichen Institut der Dienstmiete untergeordnet, das bei Arbeitsausfall grundsätzlich kein Entgelt kannte [1].

c) Beginn des modernen Schutzes des Arbeitnehmers bei Krankheit

Das erste Gesetz, das die Lohnfortzahlung wieder aufgriff, war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861. Es bestimmte in dem auf einen preußischen Entwurf [2] zurückgehenden Artikel 60, daß der durch unverschuldetes Unglück zeitweise an der Dienstleistung verhinderte Handlungsgehilfe seinen Gehalts- und Unterhaltsanspruch auf die Dauer von sechs Wochen behält. Diese hervorragende, leider nachgiebige [3] Vorschrift diente allen späteren Rege-

---

1) Koch, Lehrb. des preuß. gemeinen Privatrechts, II. Bd., 3. Aufl. 1858, § 706; Schwegmann, S. 15

2) Siehe Art. 59 des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten von 1857

3) So Endemann, Das Deutsche Handelsrecht, 3. Aufl. 1876, § 26 III C; Puchelt, Kommentar zum ADHGB, 2. Aufl. 1876, Anm. 3 zu Art. 60; ungenau Denecke in BGB-RGRK, 11. Aufl. 1959, Anm. 1 zu § 616 BGB

lungen über die Rechtsfolgen persönlicher Dienstverhinderung als Vorbild.

Die Schweiz schuf durch Art. 341 des schweizerischen Obligationenrechts von 1881 einen Anspruch auf Weiterbezug des Entgelts im Krankheitsfall für a l l e Arbeitnehmer, gleich, welcher Berufsgruppe sie angehörten.

In Deutschland brachte das sogenannte Arbeiterschutzgesetz vom 1. Juni 1891 (RGBl. S. 261) durch Einfügung des § 133 c in die Gewerbeordnung eine dem Art. 60 ADHGB entsprechende Bestimmung für Betriebsbeamte, Werkmeister und Techniker. Schließlich entstand in § 616 Abs. 1 BGB eine allgemeine Lohnfortzahlungspflicht, die alle Arbeitnehmer umfaßte und erweitert war auf jede verhältnismäßig unerhebliche Dienstverhinderung, deren Grund in der Person des Dienstpflichtigen lag.

Diese Vergünstigung des Arbeitnehmers glaubte man damals in der Hauptsache mit humanen und sozialpolitischen Rücksichten rechtfertigen zu müssen [1], während tatsächlich darin die Neubelebung einer deutschrechtlichen Einrichtung lag, wie sie in den Gesindeordnungen das soziale Probleme gering schätzende 19. Jahrhundert überdauert hat [2].

d) Von der nachgiebigen zur zwingenden Entgeltfortgewährung

Die somit seit der Jahrhundertwende für alle Arbeitnehmer bestehende Lohnfortzahlung

---

1) Puchelt, Anm. 1 zu Art. 60 ADHGB; Motive II, S. 463

2) Nikisch I, 3. Aufl, § 43 I 1 (S. 610); Erbler, DAR 1938/286 (288); Schwegmann, S. 15

blieb jahrzehntelang dispositiv [1], was in der Praxis bedeutete, daß sie durch Kollektiv- und Einzelvereinbarungen weitgehend abbedungen oder erheblich eingeschränkt wurde. Erst die Notverordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dezember 1930 (RGBl. I S. 517) schrieb sie unter Beschränkung auf Krankheitsfälle zwingend vor für Handlungsgehilfen und technische Angestellte, und die zweite Notverordnung vom 5. Juni 1931 (RGBl. I S. 279) bestimmte das gleiche für die übrigen Angestellten. Die Arbeiter erhielten zunächst zur Sicherung eines Teiles ihres Einkommens bei Arbeitsunfähigkeit Krankengeld von den Krankenkassen. Es dauerte noch einmal fast dreißig Jahre, bis sie den Angestellten annähernd gleichgestellt wurden. Das ArbKrankhG vom 26. Juni 1957 verpflichtet den Arbeitgeber, das Krankengeld durch einen Zuschuß auf 90 %, und die Novelle zu diesem Gesetz vom 12. Juli 1961, es auf 100 % des normalen Nettolohnes zu ergänzen.

Damit kommen heute nahezu alle Arbeitnehmer in den Genuß unabdingbarer Entgeltfortgewährung bei vorübergehender Arbeitsverhinderung infolge Krankheit.

2. Entstehen der Voraussetzung des fehlenden Verschuldens für die Lohnfortzahlung

Solange der Arbeitnehmer in die Hausgemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen und

---

1) Die überwiegende Meinung sah in § 616 BGB nachgiebiges Recht; so Planck-André, 3. Aufl. 1907, Anm. 1 zu § 616; Oertmann, 1899, Anm. 5 zu § 616; Staudinger-Kober, 3./4. Aufl. 1908, Anm. V zu § 616; a.A. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, 1902, S. 29

bis zu einem gewissen Grade dessen Herrschaftsgewalt unterworfen war, bestand kaum ein Bedürfnis, die Vergütungsfortzahlungspflicht oder allgemeiner, die Pflicht des Herrn, für den kranken Dienstnehmer zu sorgen, im Hinblick auf die Art der Krankheitsverursachung einzuschränken. Der Arbeitgeber kontrollierte und beeinflußte nahezu das gesamte Tun und Lassen des Beschäftigten. Jeder zur vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit führende Unfall ereignete sich in einem näheren oder weiteren Zusammenhang mit dem Dienst. Hatte der Bedienstete einmal ausnahmsweise einen solchen Unfall durch völlig unverantwortliches Handeln herbeigeführt, dann hatte er damit in der Regel zugleich eine dienstliche Anordnung seines Herrn verletzt, und dieser konnte deswegen Sanktionen gegen ihn ergreifen, wie etwa Kürzung des Lohnes oder der Kost. Der Arbeitgeber war überdies in der Lage, durch bis in das Privatleben des Arbeitnehmers eingreifende Weisungen die Entstehung von Unfällen und Krankheiten nach Möglichkeit zu verhüten.

Als diese patriarchalischen Verhältnisse sich mit dem Ausgang des Mittelalters lockerten und schließlich zerfielen und die Beschäftigten immer größere Selbständigkeit und Eigenverantwortung erhielten, entwickelten sich, wo die Fürsorge des Herrn bestehen blieb, Begrenzungen der Entgeltfortgewährung. Im Recht der Bergarbeiter, die von Anfang an keinem Herrschaftsverhältnis unterstanden [1], unterschied man frühzeitig zwischen Dienst- und außerdienstlichen Unfällen [2]. Im ersteren Fall bestand ein

---

1) Kleeis, S. 25

2) So die Bergordnung für das Herzogtum Grubenhagen von 1593, die bei Arbeitsunfällen Lohnfortzahlung gab, zitiert nach Brackmann, Hdb. d. Sozialversicherung, Bd. I, 1.-6. Aufl. 1959, S. 86

Lohnfortzahlungsanspruch [1], der später auch auf außerhalb der Arbeit zugezogene Erkrankungen ausgedehnt wurde, wenn diese nicht vorsätzlich oder durch grobes Versehen verursacht worden waren [2]. Im Gesinderecht begnügte man sich beim Fürsorgeanspruch (Verpflegung, Kur) des Dienstboten teils mit der Beschränkung auf Dienstunfälle [3], teils engte man ihn noch weiter ein und machte ihn außerdem vom Fehlen groben [4] oder überhaupt eigenen Verschuldens [5] des Arbeitnehmers abhängig. Die Begrenzung der Fürsorgepflicht verlagerte sich von objektiven Merkmalen immer mehr zu subjektiven. So lag nach Ansicht des Preußischen Obertribunals ein Dienstunfall und dementsprechend eine Verpflichtung der Herrschaft zur Verpflegung und Kur (§ 86 PrGesindeO) dann nicht vor, wenn der Dienstbote bei Verrichtung der Arbeit gegen eine Anweisung des Dienstherrn verstoßen hatte und dadurch erkrankt war [6]. Schließlich stellte das gleiche Gericht subjektive Kriterien auf, die im Gesetz überhaupt nicht enthalten waren, indem es den über ein Verschulden des Beschäftigten hinwegsehenden Fürsorgeanspruch aus § 86 PrGesindeO davon abhängig machte, daß dem Dienstboten kein vertretbares Versehen zur Last fiel [7].

---

1) Vgl. die vorige Anmerkung und Teil II Titel 16 § 219 ALR

2) ALR a.a.O.

3) §§ 86, 88 PrGesindeO

4) Gesindeordnung für Hohenzollern von 1843, zitiert nach Kleeis, S. 76

5) Edikt von Hessen-Nassau von 1890, zitiert nach Kleeis, S. 48

6) Urteil vom 26. April 1844 in JW für die preußischen Staaten 1844/617

7) Urteil vom 6. März 1855, Striethorst-Archiv 15/367

Im Rahmen der Bemühungen einzelner deutscher Staaten in der Mitte des vorigen Jahrhunderts, das Handelsrecht zu kodifizieren, verschwand in den beabsichtigten Lohnfortzahlungsregelungen für Handlungsgehilfen der Unterschied zwischen dienstlichen und außerdienstlichen Erkrankungen ganz, und als einschränkendes Merkmal blieb der Begriff des Verschuldens übrig. In dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg von 1839 heißt es in Art. 85:

> "Einem Handlungsbedienten, welcher unfreiwillig und ohne Verschuldung von seiner Seite an Versehung seines Dienstes gehindert ist, muß sein Gehalt noch längstens drei Monate hindurch fortgezahlt werden, vorausgesetzt, daß nicht etwas anderes bedungen ist."

Noch klarer und konsequenter faßt der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten von 1857 auch die bewußte, vorsätzliche Verursachung der Arbeitsverhinderung unter der Bezeichnung Verschulden in Art. 59 zusammen:

> "Ein Handlungsgehilfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweise verhindert wird, geht dadurch des Gehalts für diese Zeit nicht verlustig."

Während die erste Vorschrift ein Plan blieb, erlangte die zweite durch beinahe wörtliche Übernahme in den Art. 60 des ADHGB von 1861 Gesetzeskraft. Damit wurde der Weiterbezug des Entgelts auf jede vorübergehende Arbeitsunfähigkeit ausgedehnt und hinsichtlich der Entstehung der Krankheit nur noch durch den Verschuldensbegriff begrenzt.

Dieser ist dann 1891 durch § 133 c in die Gewerbeordnung und später durch § 63 ins Handelsgesetzbuch sowie durch § 616 ins Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden. Zuletzt hat ihn 1957 das Arbeiterkrankheitsgesetz in § 1 verwendet.

3. Ausschluß der Fälle leichter Unvorsichtigkeit aus dem Verschulden

Durch das in Art. 60 ADHGB aufgestellte Erfordernis des mangelnden Verschuldens sollte dem zeitweise arbeitsunfähigen Handlungsgehilfen das Gehalt nicht schon bei jeder Verletzung oder Erkrankung versagt werden, die durch eine kleine Unachtsamkeit entstanden war. In den Motiven zu dem bereits erwähnten Württembergischen HGB-Entwurf wird der verwendete Verschuldensbegriff dahin erläutert, daß damit nicht diejenige Unvorsichtigkeit gemeint sei, durch die man sich - ohne schuldhaftes Benehmen gegen andere - eine Krankheit auf eigenem Leibe zuziehe, sondern etwa Fälle der durch Trunkenheit verursachten Arbeitsunfähigkeit [1].
v. Völderndorff schreibt in dem großen zusammen mit Anschütz herausgegebenen Kommentar zum ADHGB, man dürfe bei der Bestimmung des unverschuldeten Unglücks in Art. 60 nicht allzu skrupulös verfahren und insbesondere bezüglich der Krankheitsfälle nicht darauf abstellen, ob der Gehilfe die Erkrankung durch ganz entsprechendes Verhalten hinsichtlich der Kleidung, der Nahrung und so weiter hätte verhindern können, wenn nur nicht offenbarer Leichtsinn oder rechtswidriges Verhalten (Ausschweifungen) die Krankheitsursachen seien [2]. Ähnlich kommentiert Staub das Verschulden, indem er darin eine Abweichung von der normalen Lebensweise sieht, wobei man jedoch nicht allzu puristisch sein und nicht jedes Vergnügen als eine solche Ab-

---

1) Motive zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg von 1839, S. 88

2) Anschütz-Völderndorff, 1868, Anm. 2 zu Art. 60 ADHGB

weichung betrachten dürfe, wie zum Beispiel wenn sich der Angestellte beim Tanzen das Bein breche [1].

Trotz dieser einschränkenden Auslegung des Verschuldensbegriffes wurde er unverändert in den § 133 c Abs. 2 GewO und später in die §§ 616 BGB und 63 HGB übernommen. Durch seine Verwendung in der Lohnfortzahlungsregelung des BGB unterliegt er der von diesem Gesetz für jedes Verschulden aufgestellten Definition der Fahrlässigkeit in § 276, die jede, auch die leichteste Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt umfaßt. Während das überwiegende handelsrechtliche Schrifttum den Lohnanspruch weiterhin bei bloß auf leichter Unvorsichtigkeit beruhenden Krankheiten fortbestehen ließ [2], verstand die Literatur zum BGB den Verschuldensbegriff zunächst in dem strengen dem § 276 BGB entsprechenden Sinn [3]. Für eine derartige Auslegung sprach auch die Vorschrift des § 617 BGB, die den Arbeitgeber verpflichtet, den in seine häusliche Gemeinschaft aufgenommenen kranken Arbeitnehmer einen näher bestimmten Zeitraum zu pflegen und ärztlich behandeln zu lassen, sofern die Erkrankung nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht worden war. Die hier bestimmte ausdrückliche

---

1) Staub, 1893, Anm. 1 a zu Art. 60 ADHGB

2) Düringer-Hachenburg, 2.Aufl. 1908, Anm. 3 zu § 63 HGB sehen nicht in jedem unvorsichtigen oder unachtsamen Verhalten ein Verschulden; Goldmann, 1901, Anm. 1 I 1 c zu § 63 HGB spricht von Verschulden bei leichtsinnigem, ausschweifendem Leben; abweichend legen Lehmann-Ring, 2. Aufl. 1914, Anm. Nr. 2 zu § 63 HGB einen strengeren, jede Unachtsamkeit umfassenden Maßstab an.

3) Staudinger-Kober, 2. Aufl. 1906, Anm. III 2 zu § 616 BGB; Oertmann, 2. Aufl. 1906, Anm. 1 c zu § 616; Kohler, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. 1. Teil, 1906, S.342, der das Verschuldenskriterium überhaupt für verfehlt hält, weil schon mäßiges Verschulden den Dienstnehmer brotlos mache.

Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit konnte nur bedeuten, daß die in dem vorhergehenden Paragraphen geregelte Lohnfortzahlung schon bei leichtestem Verschulden entfallen sollte [1]. So verbot die klare Systematik des BGB geradezu die Begrenzung des Verschuldens auf gröbere Fälle. Die mildere Auslegung desselben Begriffes in § 63 HGB wurde denn auch von den handelsrechtlichen Autoren nicht dogmatisch begründet.

Entgegen der strengen dogmatischen Auffassung haben Planck-André, wohl unter Berücksichtigung des handelsrechtlichen Vorläufers und Vorbildes des § 616 BGB, die Weitergewährung der Vergütung nur versagt, wenn die Arbeitsverhinderung durch einen Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften oder durch unverständiges und leichtfertiges oder gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten herbeigeführt wurde [2]. Noch arbeitnehmerfreundlicher schließt später Titze den Anspruch des § 616 BGB nur bei mutwillig oder durch großen Leichtsinn zugezogener Erkrankung aus und gibt erstmals eine theoretische Rechtfertigung dieser Auslegung [3]. Er erklärt, das Verschulden innerhalb der Lohnfortzahlungsregelung sei nicht gleichzusetzen mit dem eine Schadenshaftung begründenden Verschulden des § 276 BGB.

---

1) Das erwähnt Enneccerus in der 2. Plenarberatung des Reichstages ausdrücklich mit dem Hinweis, niemand sei zu Leistungen verpflichtet, die dadurch entstehen, daß der Gegner sich einer Fahrlässigkeit schuldig macht, Mugdan II, S. 1345

2) Planck-André, 3. Aufl. 1907, Anm. 2 b $\beta$ zu § 616 BGB

3) Titze, Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. II, 1918, S. 753

Das erste habe die Sorgfalt im Auge, die der Arbeitnehmer gewissermaßen sich selbst, das zweite diejenige , die er dem Arbeitgeber schulde. Im Hinblick auf die Gesundheit sei die Sorgfalt gegenüber sich selbst naturgemäß größer als die dem Arbeitgeber geschuldete [1]. Beim Vorliegen des Verschuldens im Sinne des § 616 BGB sei noch keineswegs ein solches nach § 276 BGB gegeben. Titze will damit zeigen, was bisher von der Lehre übersehen wurde, daß die schweren Folgen des Schadensersatzes nicht schon mit der Bejahung einer verschuldeten Krankheit eintreten. Seine Ausführungen beruhen auf der Ansicht, daß auf dem Weg über § 276 BGB eine sinnvolle Einschränkung der Lohnfortzahlung nicht erzielt werden kann, zu diesem Zweck vielmehr die Sorgfalt des Beschäftigten in eigenen Angelegenheiten als Richtschnur herangezogen werden muß. Damit spielt er unausgesprochen auf das mitwirkende Verschulden des Geschädigten in § 254 BGB an, das Zitelmann als Verschulden gegen sich selbst charakterisiert hatte [2].

Auch außerhalb des Handelsrechts setzte sich allmählich die Erkenntnis durch, daß es wenig sinnvoll sei, dem Arbeitnehmer das für ihn in der Regel existenznotwendige Arbeitsentgelt schon bei leicht unvorsichtig herbeigeführter Dienstunfähigkeit zu entziehen. Eine entsprechende Begrenzung des Verschuldens widersprach aber dem System des BGB. Eine der Schwierigkeiten des Verschuldensbegriffes in § 616 BGB bestand deshalb von Anfang an darin, die theoretischen Probleme gegenüber einem gemilderten

---

1) Titze, a.a.O., Fußn. 37

2) Zitelmann, Das Recht des BGB, AT, 1900, S. 152 f, 166 ff

Verschuldensmaßstab zu überwinden und zu billigen Ergebnissen für das sich schnell entwickelnde Arbeitsrecht zu gelangen [1].

Unabhängig von der weiteren Frage, auf die Verletzung welcher Norm sich das Verschulden bezieht, ist die gesamte Literatur schließlich dazu übergegangen, die Lohnfortzahlungspflicht bei leichteren Fällen unachtsamer Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit bestehen zu lassen. Das Verschulden wird umschrieben mit leichtfertigem [2], mutwilligem oder grob leichtfertigem Handeln [3] oder einem gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten [4].

Die Rechtsprechung hat sich mit im wesentlichen gleichen Formulierungen bemüht, keine zu strengen Maßstäbe an das die Dienstunfähigkeit verursachende Verhalten des Arbeitnehmers zu legen [5].

4. Das Problem der Norm, auf deren Verletzung sich das Verschulden bezieht

Aus dem Bestreben, die Lohnfortzahlung im Hinblick auf das die Arbeitsunfähigkeit verur-

---

1) Der Vorschlag Kohlers, II. Bd. 1. Teil, S. 342, das Verschuldenskriterium ganz fallen zu lassen, ist nicht aufgegriffen worden.

2) Denecke in BGB-RGRK seit der 10. Aufl. (1953), Anm. 2 zu § 616 BGB

3) Staudinger-Nipperdey seit der 10. Aufl. (1939), Rdn. 13 zu § 616

4) Hueck-Nipperdey I, § 44 III 1 a cc; Nikisch I, § 43 II 1; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, 9. Aufl., Rdn. 18 zu § 616; Landmann-Rohmer-Fröhler, 11. Aufl. 1956, Anm. 8 b zu § 133 c GewO

5) RAG Urteil vom 29. Juli 1941 in ARS 42/389 (394); LAG Dortmund Urteil vom 24. Juni 1938, ARS 33/L129 (130); BAG Urteil vom 21. Januar 1960 in AP Nr. 13 zu § 1 ArbKrankhG

sachende Tun oder Unterlassen des Arbeitnehmers einzuschränken, führte Art. 60 ADHGB den verallgemeinernden Begriff des u n v e r s c h u l d e t e n Unglücks ein. Es wurde dabei unausgesprochen unterstellt, daß der Vorwurf des Verschuldens sich auf die Verletzung irgendeiner Verhaltensregel beziehe. Ob diese aber überhaupt eine rechtliche Pflicht war und wenn ja, ob eine vertragliche, gesetzliche oder außervertragliche, machte man sich nicht klar. Allerdings erwähnte schon v. Völderndorff, daß der Prinzipal im Falle der Dienstverhinderung des Handlungsgehilfen durch verschuldetes Unglück einen Schadensersatzanspruch gegen ihn habe [1], womit er eine Vertragspflichtverletzung bejahte.

Dieser Bezugspunkt ergab sich später eindeutig aus dem BGB. Nach dessen Systematik mußte sich das Verschulden des § 616 BGB, sofern es mit dem des § 276 BGB gleichgesetzt wurde, auf die Verletzung einer Rechtspflicht beziehen. Denn § 276 BGB setzt notwendig eine Pflichtversäumung voraus. Lotmar hat daraus die Konsequenz gezogen und ausgesprochen, daß Voraussetzung für den Wegfall der Lohnfortzahlung die schuldhafte Verletzung der Arbeitspflicht durch den Arbeitnehmer sei [2]. Diese Folgerung ergibt sich zudem aus der unterschiedlichen Stellung des Wortes Verschulden in der Fassung des Art. 60 ADHGB und des § 616 BGB. In der ersten Bestimmung bezieht es sich auf die Ursache der Dienstverhinderung, das Unglück, in der zweiten auf die Dienstverhinderung selbst. Den Weg Lotmars haben stillschweigend alle Autoren eingeschlagen, die zur

---

1) Anschütz-Völderndorff, Anm. 2 zu Art. 60 ADHGB

2) Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, II. Band, 1908, S. 180 f

Erläuterung des Verschuldensbegriffes auf § 276 BGB verweisen [1].

Bei einer derartigen Betrachtung wurde jedoch die Frage stark vernachlässigt, welche Bedeutung und Wirkungen die auf dem Umweg über § 616 BGB erweiterte und verschärfte Arbeitspflicht für das praktische Leben des Arbeitnehmers hat. Dieser wäre nämlich verpflichtet, jede mögliche Dienstverhinderung sorgfältig zu vermeiden. Im Hinblick auf Krankheiten, die notwendig mit einer Beeinträchtigung der körperlichen Funktionen verbunden sind, würde das bedeuten, der Arbeitnehmer müßte bei allem privaten Tun und Lassen an seine Gesundheit denken. Das wären besonders auch wegen der damals noch unter das Verschulden gerechneten leicht fahrlässigen Verursachung der Arbeitsunfähigkeit übertriebene Anforderungen an das private Verhalten des Arbeitnehmers. Man erkannte mit zunehmender Entwicklung des Arbeitsrechts, daß sich die Arbeitspflicht nicht derart weit in die private Sphäre des Arbeitnehmers erstrecken dürfe. Es entstand nun die Schwierigkeit, einen den Interessen des Beschäftigten gerecht werdenden und mit dem System des Schuldrechts zu vereinbarenden Bezugspunkt für den Verschuldensbegriff des § 616 BGB zu finden.

Titze wählte deshalb die Verletzung des eigenen Interesses des Arbeitnehmers zum Gegenstand des Schuldvorwurfs und stellte fest, daß der Beschäftigte im Hinblick auf seine Gesundheit sich selbst größere Sorgfalt schulde als dem Arbeitgeber [2]. Da er gleichzeitig die Fälle

---

1) Oertmann, 3./4. Aufl. 1910, Anm. 1 c zu § 616 BGB; Staudinger-Kober, 7./8. Aufl. 1912, Anm. III 2 a zu § 616

2) Titze, Ehrenbergs Handbuch II, S. 753 und Fußn. 37

der Erkrankung infolge leichter Unachtsamkeit aus dem Verschulden herauslöste, hatte er für dieses einen brauchbaren Maßstab gefunden. Er hatte überdies eine weitere Schwierigkeit der Lotmarschen Auffassung überwunden, nämlich die notwendige Verknüpfung des Lohnentzuges mit der Schadensersatzpflicht. Diese fiel bei Titze fort, da die Verletzung des eigenen Interesses keine Ersatzpflicht gegenüber einem anderen auslöst. Die nach Lotmar gegebene doppelte "Buße" für verschuldete Krankheit war unpraktisch, weil es eine große Zahl von Fällen gab, in denen mit Rücksicht auf das Verhalten des Arbeitnehmers zwar ein Wegfall der Vergütung, nicht aber obendrein eine Ersatzpflicht gerechtfertigt war.

Später behandeln die ganze Frage unter eingehender Abwägung der gegenteiligen Auffassungen Nipperdey [1] im Sinne Lotmars und Hueck [2] im Sinne Titzes. Seitdem gehört sie zum Allgemeingut der arbeitsrechtlichen Literatur.

Die Rechtsprechung bezog das Verschulden zunächst auch auf eine Pflichtverletzung, verstand darunter jedoch über die Vertragsverletzungen hinaus jedes rechtswidrige, insbesondere strafbare Verhalten, das der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Verursachung der Arbeitsunfähigkeit begangen hatte. Diese Auffassung versagte bei der Beurteilung von Erkrankungen infolge Verkehrsunfällen, die auf fahrlässigem Verstoß gegen die Straßenverkehrsvorschriften beruhten. Hier war immer zumindest eine mit geringer Geldstrafe zu ahndende Übertretung

---

1) Staudinger-Nipperdey, 9. Aufl. 1928, Anm. III 2 zu § 616

2) Hueck-Nipperdey I, 1928, § 42 III 1 b (S. 190)

gegeben. Um dennoch ein leichtes Verschulden im Straßenverkehr nicht gleich mit der Versagung der Vergütung zu sanktionieren, sondern zu billigenswerten Ergebnissen zu kommen, ließ das LAG Dortmund die Pflichtversäumung als Bezugspunkt fallen und griff auf die das Arbeitsverhältnis beherrschenden Grundsätze der Treue und Fürsorge zurück [1]. Das Arbeitsentgelt wird danach nur dann nicht fortgewährt, wenn das Verlangen nach Lohn mit Rücksicht auf das zur Dienstverhinderung führende Verhalten des Arbeitnehmers einen Verstoß gegen die Treupflicht und eine Überspannung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darstellen würde. Ähnlich hat sich das RAG [2], als es die Vergütung bei Dienstunfähigkeit infolge außerehelichen Geschlechtsverkehrs entgegen seiner eigenen ursprünglichen Ansicht weitergewähren wollte, auf jene Grundsätze bezogen, allerdings mit einer Abweichung gegenüber dem LAG Dortmund, die jedoch an dieser Stelle noch nicht zu erörtern ist. Der Ansicht, wie sie von dem letztgenannten Gericht formuliert wurde, schlossen sich ein Teil der Literatur [3] und dem Grunde nach auch das BAG an, letzteres für den besonders gelagerten Fall der Sportverletzung eines gegen Entgelt tätigen sogenannten Vertragsspielers [4].

---

1) Urteil vom 24. Juni 1938, ARS 33/L 129 (130)

2) Urteil vom 29. Juli 1941, ARS 42/389 (394)

3) Hueck-Nipperdey, I, 7. Aufl., § 44 III 1 a cc; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl., Rdn. 14 zu § 616 BGB

4) Urteil vom 30. Mai 1958, AP Nr. 5 zu § 63 HGB

## III. Schuldhafte Verletzung des Arbeitsvertrages

### 1. Die auf Lotmar zurückgehende Ansicht von der Arbeitspflichtverletzung

#### a) Darstellung der Lehre

Die Lohnfortzahlung bei Krankheit setzt die Dienstverhinderung des Arbeitnehmers, also Unmöglichkeit der Arbeitsleistung voraus. Da die Worte "ohne sein Verschulden" in § 616 BGB sich auf diese Behinderung beziehen, soll das Entgelt somit bei unverschuldeter Nichterfüllung der Arbeitspflicht weitergewährt werden, dagegen bei verschuldeter entfallen. Das Verschulden richtet sich auf die Versäumung der Arbeitspflicht. Das folgt aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes, jedenfalls auf den ersten Blick. Definiert man das Verschulden gemäß § 276 BGB mit Vorsatz und Fahrlässigkeit und diese als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, dann erscheint der Inhalt des Schuldvorwurfs dogmatisch klar. Diesen Weg gingen einige Kommentatoren nach Inkrafttreten des BGB [1]. Lotmar [2] entwickelte dann ausführlich die Konsequenzen für das Arbeitsvertragsrecht [3]. Er legt dar, daß die verschuldete Verhinderung selbstverständlich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 325 BGB den Arbeitnehmer zum Schadensersatz verpflichte.

---

1) Oertmann, 3./4. Aufl., Anm. 1 c zu § 616 BGB; Staudinger-Kober, 7./8. Aufl., Anm. III 2 a zu § 616 BGB; ebenso Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1902, § 259 Fußn. 23

2) Lotmar II, S. 180

3) In der strengen Lotmarschen Form wird die Ansicht heute nur noch von Schwegmann, S. 58 und Gumpert, BB 1960/524 (526) vertreten, der aber bei leichtem Verschulden den Lohnanspruch fortbestehen läßt; ähnlich auch die unten zu erörternde Auffassung Schnorrs von Carolsfeld

Da es nur auf eine Vertragsverletzung ankommt, lehnt er es ab, ein etwaiges sittliches Verschulden des Arbeitnehmers in die Beurteilung der Frage einzubeziehen, ob zum Beispiel der Vergütungsanspruch bei Arbeitsunfähigkeit, die durch außerehelichen Geschlechtsverkehr verursacht wurde, fortbestehen soll. Nipperdey, der sich zunächst dieser Auffassung anschloß [1], umschreibt den Inhalt der Arbeitspflicht dahin, daß der Arbeitnehmer sich auch v o r der Arbeitsleistung instandhalten müßte, seine Pflichten zu erfüllen [2]. Er brauche jedoch nicht sein ganzes Privatleben in den Dienst der Erhaltung der Arbeitskraft zu stellen. Es müsse immer die Frage aufgeworfen werden: Liegt ein schuldhafter Verstoß gegen die Arbeitspflicht vor oder nicht? Im Hinblick auf die Gesundheit ist nach seiner Ansicht die dem Arbeitgeber geschuldete Sorgfalt naturgemäß geringer, als die vom eigenen Interesse verlangte. Erkrankungen sollen deshalb nur bei mutwilliger Verursachung zur Versagung der Vergütung führen.

b) Kritik

Ein unbestreitbarer Vorzug der Lehre von der Arbeitspflichtverletzung besteht in ihrer systematischen Klarheit, ihrer guten Anpassung an die Begriffe des BGB und darin, daß sie das Verschulden in die vertraglichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hineinstellt.

---

1) In Staudinger, 9. Aufl., Anm. III 2 b zu § 616 BGB, anders später in der 10. und 11. Aufl. Rdn. 14 zu § 616

2) Ähnlich spricht schon Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB, II. Teil, 1899, S. 286 im Zusammenhang mit § 617 BGB von der Haftung des in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmers für Gesundheitspflege als der Vorbedingung für die Dienstleistung.

Der weitere von ihr in Anspruch genommene Vorteil, zweifelhafte Fragen der Moral aus der Beurteilung auszuschalten [1], kann ihr nicht zugebilligt werden. Das zeigt die unterschiedliche Beantwortung der Verschuldensfrage bei den Folgen außerehelichen Geschlechtsverkehrs. So gibt Nipperdey bei Schwangerschaftsbeschwerden, Entbindung und Wochenbett unverheirateter Frauen den Fortzahlungsanspruch, weil die Arbeitnehmerin nicht verpflichtet sei, ihr Privatleben in den Dienst der Interessen des Arbeitgebers zu stellen und deshalb hier eine schuldhafte Vertragsverletzung nicht vorliege [2]. Vom Boden der gleichen Auffassung aus bejahte demgegenüber das RAG eine schuldhafte Pflichtversäumung in diesen Fällen, indem es zwar ein sittliches Verschulden ausdrücklich für unerheblich erklärte, gleichzeitig aber der unverheirateten Arbeitnehmerin die Vertragspflicht auferlegte, die Gefahr künftiger Schwangerschaft zu vermeiden; es nahm daher eine fahrlässige Verletzung dieser Pflicht schon dann an, wenn die Frau unbekümmert um die Folgen außerehelich geschlechtlich verkehrte [3]. Für Ehefrauen stellte das Gericht eine solche Pflicht zur Schwangerschaftsverhütung natürlich nicht auf und bei ihnen ist daher jede mit der Schwangerschaft zusammenhängende Arbeitsunfähigkeit unverschuldet im Sinne des § 616 BGB [4].

Nipperdey gewährt den Weiterbezug des Lohnes gleichfalls bei Geschlechtskrankheiten infolge außerehelichen Verkehrs, sofern sie nicht mutwillig verursacht sind [5]. Auch hier kam das

---

1) Staudinger-Nipperdey, 9. Aufl., Anm. III 2 b zu § 616 BGB

2) Staudinger-Nipperdey, 9. Aufl., a.a.O.

3) Urteil vom 27. Juli 1932, ARS 15/568 (569 f)

4) Vgl. Urteil vom 19. März 1932 E 10/343 (348)

5) Staudinger-Nipperdey, 9. Aufl., Anm. III 2 b zu § 616 BGB

RAG trotz gleicher Auffassung vom Verschuldensbegriff zum gegenteiligen Ergebnis. Zwar klammerte es sittliche Maßstäbe wieder aus, verschärfte jedoch die Sorgfaltspflichten des Arbeitnehmers erheblich. So verlangte es zum Beispiel zur Entlastung des Arbeitnehmers den Nachweis, daß die Frau unberührt gewesen sei oder alle erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen zur Vermeidung einer Ansteckung getroffen worden seien [1]. Legt man diese Anforderungen zugrunde, dann mußten die durch außerehelichen Verkehr zugezogenen Geschlechtskrankheiten in der überwiegenden Zahl der Fälle als verschuldet angesehen werden.

Aus der Theorie von der Verletzung der Arbeitspflicht folgt wohl überzeugend, daß ein etwaiger sittlicher Vorwurf gegen das Verhalten des Arbeitnehmers unberücksichtigt bleiben muß. Praktisch kann die Frage der Sittlichkeit über den Umweg des Fahrlässigkeitsbegriffes aber doch wieder entscheidend werden, wie die Rechtsprechung des RAG gezeigt hat. Übrigens hat umgekehrt gerade Titze von seiner Ansicht des Verschuldens gegen sich selbst, wobei eigentlich ein sittlicher Vorwurf in gewissem Umfang erheblich wäre, in den genannten Fällen des außerehelichen Geschlechtsverkehrs den Lohnfortzahlungsanspruch immer bejaht [2], es sei denn, offenbarer Leichtsinn hinsichtlich möglicher Erkrankungen lag vor. Diese heute durch das Mutterschutzgesetz, welches zwischen ehelicher und unehelicher Schwangerschaft keinen

---

1) Urteil vom 15. Juni 1929, ARS 6/206 (207)
2) Titze, Ehrenbergs Handbuch II, S. 753 f

Unterschied macht, großenteils gegenstandslos gewordenen Probleme können wohl nur unter Einbeziehung der jeweils herrschenden Verkehrsanschauung befriedigend gelöst werden.

Die dargestellte Lehre kann nicht darauf gestützt werden, daß in § 616 BGB das Verschulden sich gerade auf die Dienstverhinderung bezieht und nicht auf deren Ursache, zum Beispiel die Krankheit oder allgemeiner ein Unglück, wie in den §§ 63 HGB, 133 c Absatz 2 GewO. Wer von diesem Unterschied ausgeht, müßte in der erstgenannten Vorschrift zu einem anderen Verschuldensbegriff gelangen als in den beiden letzteren, in denen bei einer derart wörtlichen Interpretation ein Verstoß gegen die Arbeitspflicht als Gegenstand des Schuldvorwurfs nicht in Betracht käme [1]. Die damit hervorgerufene Spaltung in den Regelungen über die Lohnfortzahlung zwischen Handlungsgehilfen und technischen Angestellten einerseits und den übrigen Angestellten nach § 616 Absatz 2 BGB andererseits wäre unvertretbar und sachlich nicht gerechtfertigt. Der den Bestimmungen gemeinsam zugrunde liegende Gedanke der Fürsorge des Arbeitgebers für den kranken Arbeitnehmer und die Tatsache, daß der Lohnanspruch im Hinblick auf das zur Dienstverhinderung führende Verhalten in allen Fällen allein durch den Verschuldensbegriff eingeschränkt wird, verlangen einen einheitlichen subjektiven Maßstab für alle Arbeitnehmer [2]. Mit der von den §§ 63 HGB,

---

1) So aber Lotmar II, S. 181

2) Die Übereinstimmung der Verschuldensbegriffe in allen gesetzlichen Lohnfortzahlungsregelungen wird heute als selbstverständlich anerkannt. Vgl. die oben S. 8 Anm. 1 Genannten

133 c Abs. 2 GewO abweichenden Formulierung des § 616 BGB war nicht die Schaffung eines anderen Bezugspunktes beabsichtigt, sie war vielmehr redaktionell notwendig, weil die Vergütungsfortgewährung nicht mehr auf eine bestimmte Art von Dienstverhinderungen (Unglück) begrenzt wurde, sondern sich auf alle Behinderungen erstrecken sollte, die ihren Grund in der Person des Arbeitnehmers haben.

Ein wesentlicher Mangel der Theorie von der Verletzung der Arbeitspflicht liegt darin, daß sie gerade bei Krankheitsfällen keinen brauchbaren Beurteilungsmaßstab bietet. Eine Beeinträchtigung seiner Gesundheit mit der Folge der Arbeitsunfähigkeit kann sich der Mensch bei jedem Tun oder Lassen, d.h. bei jeder Gelegenheit zuziehen. Der Arbeitnehmer wäre, wollte man die Theorie konsequent durchführen, dem Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, bei jedem privaten Verhalten ständig an seine Gesundheit zu denken, also praktisch sein ganzes Privatleben in den Dienst des Arbeitgebers zu stellen [1]. Das kann jedoch vernünftigerweise von ihm nicht verlangt werden; überdies würde eine solche Verpflichtung auch der heutigen Auffassung von der Freiheit des Individuums und der Unantastbarkeit der Privatsphäre widersprechen. Sie würde den Arbeitnehmer in einer Weise der Kontrolle des Arbeitgebers unterwerfen, wie dies sonst im Arbeitsrecht völlig unbekannt ist. So ist er ja zum Beispiel auch im Urlaub nicht verpflichtet, sich zu erholen [2], sondern es

---

1) Das räumt Nipperdey in der 9. Aufl. zu Staudinger, Anm. III 2 b zu § 616 BGB selbst ein.

2) Allg. Meinung: vgl. z.B. Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 49 Fußn. 67; Dersch-Neumann, Bundesurlaubsgesetz, 2. Aufl. 1963, Anm. 14 zu § 8.

ist ihm lediglich verboten, eine Erwerbstätigkeit auszuüben, die dem Urlaubszweck widerspricht (§ 8 BUrlG). Sehr bedenklich sind deshalb die oben (S. 29) erwähnten beiden Urteile des RAG, worin auf Grund der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag noch in dem intimsten Bereich eines Menschen strenge Anforderungen an den Arbeitnehmer gestellt werden. Richtiger Ansicht nach ist der Arbeitnehmer deshalb nicht verpflichtet, sein Privatleben dem Arbeitgeber zu opfern und stets seine Gesundheit und seinen Körper zu pflegen [1]. Dann sind aber Erkrankungen grundsätzlich unverschuldet, ausgenommen nur die wenigen Fälle, in denen wegen besonderer Umstände der Arbeitnehmer auf die Belange des Arbeitgebers hätte Rücksicht nehmen und eine Arbeitsunfähigkeit vermeiden oder doch zu einem bestimmten Zeitpunkt vermeiden müssen. Das wäre zum Beispiel anzunehmen, wenn an einem bestimmten Tag wichtige Vertragsverhandlungen bevorstehen, die nur dieser Angestellte führen kann, oder eine Maschine zu einem bestimmten Zeitpunkt - bei Vermeidung größeren Schadens - montiert werden muß und dazu ein bestimmter Facharbeiter, der durch Wissen, Erfahrung und Geschicklichkeit besonders qualifiziert ist, nicht entbehrt werden kann. Auch wenn man die Dienstpflicht gewissermaßen bis in das Vorfeld der Leistung hinein erstreckt und sagt, der Arbeitnehmer sei verpflichtet, sich schon vor Beginn der Arbeitsleistung fähig und bereit zu halten, sie zu erbringen [2], ergibt das für Erkrankungen noch keinen besseren Maßstab, solange eine Vertragspflicht zur Gesunderhaltung nicht besteht.

---

1) Titze, Ehrenbergs Handbuch II, S. 722 Anm. 52; Hueck-Nipperdey I, § 44 III

2) Staudinger-Nipperdey, a.a.O.

Mit einem Verschuldensbegriff, der nur die äußerst seltenen Fälle einer Vertragsverletzung erfaßt, würde man das subjektive Kriterium in § 616 BGB somit nahezu ganz entwerten und überdies den Interessen des Arbeitgebers nicht gerecht werden, die eine vernünftige Beschränkung der Entgeltfortgewährung und eine angemessene Eindämmung der Arbeitsunfähigkeit, d.h. des Krankenstandes, verlangen. Unter Berücksichtigung der heutigen Auffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses hat die hier untersuchte Theorie zwar tatsächlich den Vorzug, das Privatleben des Arbeitnehmers außerhalb des Bereiches der Beurteilung zu lassen. Aber sie läßt es so gründlich außerhalb, daß das Verschuldenskriterium selbst unbrauchbar wird.

Wer sich zwar grundsätzlich zu der hier erörterten Ansicht bekennt, bei Krankheiten aber auf deren mutwillige Verursachung abstellt[1], verläßt damit in Wahrheit bereits wieder die Arbeitspflicht als Richtschnur des Verschuldens, denn selbst eine mutwillig oder grob fahrlässig ausgelöste Erkrankung begründet noch nicht ohne weiteres den Vorwurf der Vertragsverletzung [2], vielmehr hat der Kranke lediglich leichtfertig sein eigenes Interesse außer acht gelassen.

Gegen die hier behandelte Theorie spricht ferner folgendes. Der schuldhafte Verstoß gegen die Arbeitspflicht führt notwendig über § 325 BGB zur Ersatzpflicht des Arbeitnehmers. In den Rechtsfolgen tritt damit ein krasser Unterschied hervor zwischen der unverschuldeten Krankheit mit der Vergütungsfortzahlung auf der einen Seite und der verschuldeten mit dem Lohnausfall und der

---

1) Staudinger-Nipperdey, 9. Aufl., Anm. III 2 b zu § 616 BGB

2) So mit Recht Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 44 III 1 a cc

gleichzeitigen Ersatzpflicht auf der anderen Seite. Der Schaden des Arbeitgebers kann dabei nicht nur in den Kosten für die Beschaffung oder das höhere Entgelt einer Ersatzkraft liegen, sondern weit darüber hinausgehen je nach der Organisation des Betriebes und dem weiteren Leistungsausfall, der durch das Fehlen des einen Beschäftigten entsteht. Die Haftung dafür vermag den Arbeitnehmer im Einzelfall deshalb empfindlich zu treffen. Die Lotmarsche Auffassung beläßt dem Arbeitnehmer entweder alle bisherigen Bezüge oder sie nimmt ihm mehr weg, als er überhaupt hat, indem sie von ihm obendrein eine Ersatzleistung fordert, die er im allgemeinen erst von seinem künftigen Verdienst erbringen kann. Das hierin sich äußernde Prinzip des Alles oder Nichts mag für einige Arten von Dienstverhinderungen angebracht sein (z.B. Versäumen eines Zuges), für Erkrankungen ist es jedoch unpraktisch. Es kann nicht die vielen Fälle der Dienstunfähigkeit befriedigend lösen, in denen wegen grober Unvorsichtigkeit des Arbeitnehmers die Versagung des Lohnes als Interessenausgleich gerechtfertigt ist, die Auferlegung einer Ersatzpflicht aber unbillig wäre [1]. Diese Interessenlage wird meist dort gegeben sein, wo die Krankheit etwa die Folge eines groben Verstoßes gegen die Straßenverkehrsregeln, einer leichtsinnigen Ausübung eines mit Gefahren verbundenen Sportes, einer Trinkerei, der leichtfertigen Außerachtlassung von Unfallverhütungsvorschriften oder einer ähnlichen Handlungsweise ist.

Es besteht auch ein praktisches Bedürfnis, zwischen der vollen Sanktion des § 325 BGB und der ungeschmälerten Vergütungsfortgewährung einen Bereich anzuerkennen, in dem dem Arbeitnehmer

---

1) Darauf weist Fluhr, Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis, 1940, S. 34 besonders hin.

entsprechend der geringeren Mißbilligung, die sein die Krankheit verursachendes Verhalten vom Standpunkt eines verständigen Arbeitgebers aus erfährt, nur der Lohn entzogen wird. Eine solche Zwischenstufe mit geringerer Sanktion ist auch deswegen zweckmäßig, weil bei den hier in Rede stehenden Fällen die Unmöglichkeit der Leistung immer mit der Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens einhergeht und darin vielfach schon ein natürliches Hemmnis gegen die Herbeiführung solcher Dienstverhinderungen liegt. In den weitaus meisten Krankheitsfällen dürften daher die Belange des Arbeitgebers ausreichend durch die dem Arbeitnehmer angedrohte Lohneinbuße gewahrt sein. Die Krankheitssimulation bleibt hier allerdings unberücksichtigt; sie stellt ein ganz anderes, besonders schwieriges Problem dar.

Der dem System des BGB zugrunde liegende Verschuldensbegriff ist schließlich nicht so einheitlich, wie es auf den ersten Blick scheint. Das zeigt § 254 BGB, der bestimmt, daß sich der Anspruch des Geschädigten auf Schadensersatz mindert, wenn ein Verschulden von seiner Seite an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Der hier verwendete Verschuldensbegriff enthält nicht ohne weiteres den Vorwurf der Verletzung einer einem anderen gegenüber obliegenden Pflicht, wie in § 276 BGB, sondern eher den der Außerachtlassung des eigenen Interesses [1]. Dementsprechend knüpft an das Verschulden nur die Schmälerung oder der Verlust eines an sich bestehenden Rechtes, nicht dagegen eine Ersatzpflicht an. Da auch die Vorschrift des § 616 BGB mit dem Verschulden lediglich die Folge des Lohn-

---

1) So schon Zitelmann, Recht des BGB, AT, S. 166, 167, 169.

ausfalls verbindet, kommt die Möglichkeit, hier eine Parallele zu ziehen, durchaus in Betracht. Die Systematik des BGB zwingt daher durchaus nicht zu der von Lotmar gezogenen Konsequenz, eine schuldhafte Arbeitspflichtverletzung für die Versagung der Vergütung im Krankheitsfall vorauszusetzen.

2. Die Ansicht Schnorrs von Carolsfeld

Etwas abweichend von der eben geschilderten Theorie bezieht Schnorr von Carolsfeld [1] das Verschulden nicht auf einen Verstoß gegen die Arbeitspflicht, sondern allgemein gegen die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. Dabei nimmt er, und darin liegt das Besondere seiner Lösung, eine Vertragsverletzung durchweg schon dann an, wenn das die Krankheit hervorrufende Verhalten des Arbeitnehmers das allgemein übliche Handeln der Menschen überschreitet [2]. Über diese Grenze geht seiner Meinung nach hinaus, wer bei an sich erlaubtem Handeln die notwendige Sorgfalt nicht beachtet oder sich überhaupt in gefährlicher, nicht üblicher Weise betätigt (Motorradfahren auf einem Drahtseil als Freizeitbeschäftigung). Ein solches ungewöhnliches Tun nimmt er meist an, wenn im Falle eines Schadensersatzanspruches des Arbeitnehmers gegen einen Dritten das gleiche Verhalten als mitwirkendes Verschulden zu würdigen wäre (Unfall beim Aufspringen auf fahrende Straßenbahn).

Damit dehnt Schnorr von Carolsfeld die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis weit in das Privatleben des Arbeitnehmers hinein aus, bis

---

1) Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 210 ff

2) Schnorr von Carolsfeld, a.a.O., S. 211

hin zu dem Maßstab des allgemein üblichen Handelns, der letztlich der Vorschrift des § 254 BGB zugrunde liegt [1]. Ein Verhalten, welches dort nur das Eigeninteresse gebietet, wird bei ihm zur Rechtspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Wer vom üblichen Tun abweicht und sich dabei eine Krankheit zuzieht, begeht eine Vertragsverletzung. Derart weite Vertragspflichten können dem Arbeitnehmer aber nicht aufgebürdet werden, ohne daß er einen großen Teil seines Privatlebens dem Arbeitgeber opfern und ständig ängstlich um die Vermeidung von Regressen bemüht sein müßte. Denn Schnorr von Carolsfeld berücksichtigt bei seiner Konstruktion einer zusätzlichen arbeitsvertraglichen Verhaltenspflicht nicht genügend, daß den Arbeitnehmer bei schuldhaften Pflichtverstößen zumindest aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung stets eine Schadensersatzpflicht treffen müßte. Es ist auch nicht klar, woher er die Richtschnur des allgemein üblichen Handelns ableitet, denn vertragswidrig handelt doch nicht, wer vom normalen Verhalten der Menschen abweicht, sondern wer die ihm aus der jeweiligen Vereinbarung obliegenden Pflichten versäumt.

Bemerkenswert ist, daß Schnorr von Carolsfeld ebenso wie Lotmar für die Regelung des § 63 HGB (und entsprechend auch des § 133 c Abs. 2 GewO) mit Rücksicht auf die dort gebrauchte Wendung "unverschuldetes Unglück" eine andere Verschuldensauffassung vertritt. Hier soll das subjektive Kriterium als mitwirkendes Verschulden

---

1) Vgl. BGB-RGRK-Nastelski, 11. Aufl. 1960, Anm. 33 zu § 254 und Erman, 3. Aufl. 1962, Anm. 3 b zu § 254, die in dem Verschulden dieser Vorschrift eine Außerachtlassung derjenigen Sorgfalt sehen, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt.

im Sinne des § 254 BGB verstanden werden, also kein Verstoß gegen die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag erforderlich sein [1]. Die daraus folgende Spaltung des Verschuldensbegriffes in den verschiedenen Lohnfortzahlungsbestimmungen ist bereits oben (S. 31) als unzulässig abgelehnt worden.

## IV. Verschulden gegen sich selbst

### 1. Darstellung der Lehre

Die erstmalig von Titze [2] vertretene und später lange herrschende Ansicht sieht in dem Verschulden des § 616 BGB ein solches des Arbeitnehmers gegen sich selbst. Damit ist die Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit durch vorsätzliche Selbstschädigung oder durch die Außerachtlassung derjenigen Sorgfalt gemeint, die ein verständiger Mensch im eigenen Interesse anwendet, um Schaden zu verhüten. Eine Vertragsverletzung ist danach nicht Voraussetzung des Verschuldens; und dementsprechend ist seine Folge auch nicht notwendig ein Ersatzanspruch des Arbeitgebers gegen den

---

1) Schnorr von Carolsfeld, a.a.O., S. 214 unten

2) Ehrenbergs Handbuch II, S. 753 Fußn. 37

Arbeitnehmer [1].

Der sich auf die Vernachlässigung der eigenen Belange beziehende Schuldvorwurf führt bei der Beurteilung von Erkrankungen zu einem weit in den höchstpersönlichen Bereich des Arbeitnehmers sich erstreckenden Maßstab. Das eigene Interesse verlangt von einem verständigen Menschen zur Erhaltung oder gegebenenfalls Wiederherstellung seiner Gesundheit eine erhebliche Sorgfalt, zumindest eine um vieles größere, als sie dem Arbeitnehmer durch eine Vertragspflicht zulässigerweise auferlegt werden könnte. Ein verständiger Mensch geht eben vorsichtig mit seiner Gesundheit um. Man hat deshalb, um keine übertriebenen Anforderungen an den Arbeitnehmer zu stellen und ihn in seinem Privatleben nicht zu stark einzuengen, das Verschulden beschränkt auf unverständiges, leichtfertiges, mutwilliges oder gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten [2].

---

1) Diese Auffassung vertreten:
Oertmann, 5. Aufl. 1929, Anm. 1 d zu § 616;
Hueck-Nipperdey I, 3.-5. Aufl. 1931, § 42 III 1 b; Fluhr, Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis, 1940, S. 35; Landmann-Rohmer-Fröhler, 11. Aufl. 1956, Anm. 8 b zu § 133 c GewO; Gros, Arbeitsrechtblattei "Arbeitsausfall" IV B II 3; Monjau, Arbeitsrechtblattei "Krankheit des Arbeitnehmers" IV B III; Esser, 2. Aufl. 1960, § 131, 2 c; Hessel, Krankheit im Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1961, S. 18; Nikisch I, 3. Aufl. 1961, § 43 II 1; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, 9. Aufl. 1962, Rdn. 18 zu § 616; Larenz, Lehrb. des Schuldrechts, Bd. II, 7. Aufl. 1965, § 48 II b.
Die neuere Rechtsprechung hat sich dem überwiegend angeschlossen:
BAG Urteil vom 21. Januar 1960, AP Nr. 13 zu § 1 ArbKrankhG; Urteil vom 5. April 1962, AP Nr. 28 zu § 63 HGB; Urteil vom 25. Juni 1964, AP Nr. 38 zu § 1 ArbKrankhG; LAG Stuttgart, Urteil vom 30. Juni 1953, AP Nr. 1 zu § 63 HGB.

2) Vgl. beispielsweise Nikisch I, a.a.O.; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, a.a.O.; Hueck-Nipperdey I, 3.-5. Aufl., a.a.O.; BAG Urteil vom 5. April 1962, AP Nr. 28 zu § 63 HGB

Der Grundgedanke der hier dargestellten Auffassung ist der Regelung des § 254 BGB entnommen. Dort ist bestimmt, daß ein Schadensersatzanspruch sich verhältnismäßig mindert, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat. Dieses sogenannte mitwirkende Verschulden, durch das der Gläubiger nur sich selbst schädigt, faßte die früher herrschende Lehre, zurückgehend auf Zitelmann [1], als Verschulden gegen sich selbst auf [2]. Mit der Anlehnung an diese Vorstellung ist allerdings zugleich die Schwierigkeit, den Begriff des Mitverschuldens im Sinne des § 254 BGB rechtlich einzuordnen, in den Tatbestand des § 616 BGB übernommen worden; die Frage nämlich, ob im Hinblick auf die Verletzung des eigenen Interesses überhaupt noch von einem Schuldvorwurf gesprochen werden kann oder ob das Gesetz doch irgendeinen Pflichtverstoß meint [3]. Dieses Problem ist allerdings von der Literatur im Zusammenhang mit § 616 BGB noch kaum erörtert worden [4].

---

1) Recht des BGB, AT, S. 152, 166 ff

2) Planck-Siber, 4. Aufl. 1914, Anm. 2 b α zu § 254; Oertmann, 5. Aufl. 1928, Anm. 1 b β zu § 254; Staudinger-Kuhlenbeck, 7./8. Aufl. 1912, Anm. 2 c zu § 254; Soergel-Hahne, 8. Aufl. 1952, Anm. II zu 254; Rümelin, AcP 90/171 (311 f)

3) Die Meinungen gehen stark auseinander. So nehmen z.B. Staudinger-Werner, 11. Aufl. 1959, Rdn. 27 zu § 254 und früher Larenz, Vertrag und Unrecht, Bd. II, 1937, S. 100, eine echte Pflicht als Bezugspunkt an; BGB-RGRK-Nastelski, 11. Aufl. 1960, Anm. 33 zu § 254 sowie Erman, 3. Aufl. 1962, Anm. 3 b zu § 254 nehmen das Eigeninteresse und Soergel-Siebert-Schmidt, 9. Aufl. 1959, Anm. 20 zu § 254 sowie Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 16 I 3 eine Obliegenheit als Bezugspunkt an.

4) Soweit ersichtlich weisen nur Kaskel-Dersch, 5. Aufl. 1957, § 26 I 1 a darauf hin.

2. Kritik

a) Praktische Ergebnisse

Die Lehre vom Verschulden gegen sich selbst kommt im Gegensatz zur Lotmarschen Ansicht zu einem guten, praktisch brauchbaren Verschuldensmaßstab. Durch die Wahl des Eigeninteresses des Arbeitnehmers zum Bezugspunkt des Verschuldens und die gleichzeitige Einschränkung des Lohnfortfalls auf die Fälle grob unvorsichtig herbeigeführter Arbeitsunfähigkeit gelangt sie zu einer angemessenen Begrenzung der Vergütungsfortgewährung im Hinblick auf das die Krankheit verursachende Verhalten des Arbeitnehmers. Vor allem vermeidet sie die Verknüpfung der Verschuldensfrage mit der Schadensersatzfrage und befreit so den Verschuldensbegriff des § 616 BGB von dieser schweren Bürde. Die verschuldete Dienstverhinderung muß nicht eine Ersatzpflicht des Arbeitnehmers auslösen, aber sie kann dazu führen, wenn eine schuldhafte Vertragsverletzung hinzutritt [1]. Damit räumt sie einige entscheidende praktische Nachteile der Theorie von der Verletzung des Arbeitsvertrages aus.

b) Beschränkung des Verschuldens

Der von verschiedenen Seiten gegen die hier untersuchte Lehre erhobene Vorwurf, ihr Verschuldensbegriff sei viel zu streng, und sie versuche, seinen harten Konsequenzen dadurch zu entgehen, daß sie das Entgelt nur bei gröberem Verstoß gegen das Eigeninteresse des Arbeitnehmers

---

1) Titze, Ehrenbergs Handbuch II, S. 753 Fußn. 37; Hueck-Nipperdey I, 3.-5. Aufl., § 42 III 1 b

versage [1], ist nicht gerechtfertigt. Allerdings ergibt sich die Beschränkung des Verschuldens auf gröbere Fälle nicht bereits aus dem Gedanken des § 254 BGB, denn das dort genannte mitwirkende Verschulden umfaßt sowohl grobe als auch leichte Fahrlässigkeit [2]. Für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall folgt die Berechtigung dieser Einengung gewissermaßen aus der Natur der Sache, die in der hundertjährigen einschränkenden Auslegung des Verschuldensbegriffes - unterbrochen nur für einen kurzen Zeitraum nach Inkrafttreten des BGB - ihren Ausdruck gefunden hat. Wie bereits oben (S. 22) gezeigt wurde, wird die Vergütung von der gesamten Literatur und Rechtsprechung bei Arbeitsunfähigkeit infolge geringer Unvorsichtigkeit des Arbeitnehmers nicht versagt. Es geht angesichts des allgemein anerkannten Ergebnisses also nur um dessen theoretische Begründung. Eine mit der Systematik des BGB übereinstimmende Ableitung der innerlich berechtigten Begrenzung kann die Lehre vom Verschulden gegen sich selbst nicht geben, es sei denn, sie greift auf das Prinzip von Treu und Glauben zurück, womit dogmatisch nichts gewonnen wäre. Eine solche systematische Ableitung - von Treu und Glauben einmal abgesehen - ist aber auf dem Boden des BGB überhaupt unmöglich, weil sich die Bedürfnisse des Arbeitslebens und des Arbeitsrechts selbständig neben diesem Gesetz entwickelt haben.

---

1) So z.B. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl., Rdn. 14 zu § 616.
Wenn Schnorr von Carolsfeld, 2. Aufl., S. 210 f und Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, IV. Teil, Rdn. 178 d dieser Lehre allgemein zu große Strenge vorwerfen, so übersehen sie die im Text erwähnte Einschränkung.

2) Allg. Meinung: Staudinger-Werner, 11. Aufl., Rdn. 29 zu § 254; BGB-RGRK-Nastelski, 11. Aufl., Anm. 38 zu § 254; Erman, 3. Aufl., Anm. 3 b zu § 254

Es muß daher in jedem Fall die Generalklausel von Treu und Glauben herangezogen werden. Die Parallele in der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit, auf die das RAG [1] und A. Hueck [2] zutreffend hinweisen, bekräftigt lediglich, daß das Ergebnis richtig ist, hilft dogmatisch jedoch gleichfalls nicht weiter, zumal gerade auch diese Haftungsbeschränkung bis heute keine wirklich befriedigende oder gar allgemein anerkannte Begründung gefunden hat.

c) Selbstverschulden und sittliches Verschulden

Die Theorie vom Verschulden gegen sich selbst greift übrigens nicht, wie manche meinen [3], notwendig in das umstrittene Gebiet der Moral und Sitte über. Die Folgen außerehelichen Geschlechtsverkehrs (Krankheit oder Schwangerschaft) sind nicht schon wegen der sittlichen Bedenken gegen diese Handlungsweise verschuldet, sondern erst wenn ganz konkret der Arbeitnehmer sich hinsichtlich möglicher Gefahren für die Gesundheit grob leichtfertig oder mutwillig verhalten hat. Wer andere Folgerungen aus der hier erörterten Lehre zieht, vermengt, wie Titze mit Recht bemerkt [4], in unzulässiger Weise rechtliche und sittliche Maßstäbe miteinander. Dennoch haben viele ihrer Vertreter die Folgen außerehelichen Geschlechtsverkehrs von vornherein als verschuldet angesehen [5]. Die Begründung für dieses Ergebnis mag

---

1) Urteil vom 29. Juli 1941, ARS 42/389 (394)

2) Lehrbuch I, § 44 Fußn. 32

3) Staudinger-Nipperdey, 9. Aufl., Anm. III 2 a zu § 616 BGB; Kaskel-Dersch, 4. Aufl.,S. 186 Fußn.3

4) Titze, Ehrenbergs Handbuch II, S. 753

5) Hueck-Nipperdey I, 3.-5. Aufl., S. 221 und Anm. 15; Planck-Gunkel, 4. Aufl. 1928, Anm. 2 b β zu § 616; Oertmann, 5. Aufl. 1929, Anm. 1 d zu § 616; Staub-Bondi, 14. Aufl. 1932, Anm. 2 zu § 63 HGB

ihnen durch den Bezugspunkt der Verletzung des Eigeninteresses erleichtert worden sein, konsequent ist eine solche Konstruktion aber nicht. Daß man sowohl von der hier dargestellten Lehre, wie vom Standpunkt Lotmars in die fehlerhafte Heranziehung moralischer Maßstäbe verfallen konnte, ist oben (S. 29) bereits an Hand der Urteile des RAG gezeigt worden.

d) Systematische Schwierigkeiten

Trotz der guten praktischen Verwendbarkeit befriedigt die Auffassung vom Eigenverschulden letztlich nicht, weshalb zum Beispiel Hueck, beeinflußt von der Rechtsprechung vor 1945[1], von ihr wieder abgerückt ist[2]. Das beruht auf zweierlei: Einmal bestehen zwischen dem Grundgedanken des § 254 BGB und der Regelung des § 616 BGB erhebliche Verschiedenheiten. Zum anderen weist der über § 254 BGB gewonnene Verschuldensbegriff keinerlei rechtliche Beziehungen zum Arbeitsverhältnis auf.

aa) Unterschiede zwischen der Regelung des § 254 Absatz 1 BGB und der des § 616 Absatz 1 BGB

Nach § 254 Absatz 1 BGB hängt die Verpflichtung zum Schadenersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat, von den Umständen ab, vor allem davon, wieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder

---

1) LAG Dortmund, Urteil vom 24. Juni 1938, ARS 33/ L 129; RAG Urteil vom 29. Juli 1941, ARS 42/389

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I, 3.-5. Aufl., S. 221 einerseits und die 6. und 7. Aufl., § 44 III 1 a cc andererseits

dem anderen Teile verursacht worden ist. Die Bestimmung regelt die Verteilung des Schadens unter zwei oder mehreren Beteiligten, die zusammen an der Entstehung mitgewirkt haben. Die Kürzung oder der völlige Wegfall des Ersatzanspruches des Geschädigten bei entsprechendem Mitverschulden beruht auf dem Gedanken, daß der Geschädigte sich widerspruchsvoll verhalten sowie gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wollte er den vollen Schaden von dem Schädiger ersetzt verlangen, obwohl er selbst unter Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt den Schaden mitherbeigeführt hat [1].

Wie der Begriff des Verschuldens in dieser Vorschrift zu verstehen ist, darüber gehen die Meinungen auseinander, weil jedes Verschulden an sich die Verletzung einer Rechtspflicht voraussetzt, deren Bestehen im Rahmen des § 254 BGB aber wegen der bloßen Außerachtlassung des eigenen Interesses zweifelhaft ist. Die bei weitem überwiegende Ansicht in Literatur [2] und Rechtsprechung [3] versteht das Mitverschulden nicht im streng dogmatischen Sinn, sondern als untechnische Formulierung und legt ihm statt einer Rechtspflicht die bloße Obliegenheit des Geschädigten zugrunde, sich selbst wie ein verständiger und ordentlicher Mensch tunlichst vor Schaden zu bewahren. Andere sehen dagegen in dem Gebot der Wahrung des Eigeninteresses eine echte

---

1) Vgl. Soergel-Siebert-Schmidt, 9. Aufl., Rdn. 19 zu § 254; BGB-RGRK-Nastelski, 11. Aufl., Anm. 1 zu § 254; Larenz I, 7. Aufl. 1964, § 15 I a (S. 177)

2) Soergel-Siebert-Schmidt, a.a.O., Rdn. 20 zu § 254; BGB-RGRK-Nastelski, a.a.O., Anm. 33 und 59 zu § 254; Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 16 I 3; Blomeyer, Allg. Schuldrecht, 3. Aufl. 1964, § 32 III 6 a (S. 182); Larenz I, a.a.O., § 15 I a und § 15 I d (S. 183)

3) BGH Urteil vom 3. Juli 1951, E 3/46 (50)

Rechtspflicht, die entweder der Allgemeinheit oder dem künftigen Verletzer gegenüber bestehen soll[1], oder auch - rückwirkend vom Standpunkt des auf Ersatz in Anspruch Genommenen - dem Schädiger gegenüber [2]. Schließlich übergehen einige Autoren die Frage ganz und beschränken sich auf die Feststellung, Verschulden bedeute hier die Außerachtlassung derjenigen Sorgfalt, welche ein verständiger und ordentlicher Mensch in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, um Schaden zu vermeiden [3].

Vergleicht man die Bestimmung des § 254 BGB mit der des § 616 BGB, so ergibt sich eine Gemeinsamkeit darin, daß in beiden von dem Verschulden lediglich die Kürzung oder der Fortfall an sich bestehender Rechte des Gläubigers abhängt, nicht dagegen, wie meist, das Entstehen von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung einer Vertrags- oder sonstigen Pflicht. Damit erhebt sich für beide die Frage, ob das Verschulden ein echtes im technischen Sinne ist. Dazu würde gehören, daß es eine Ersatzpflicht des schuldhaft Handelnden auslöst.

Demgegenüber bestehen aber auch erhebliche Unterschiede zwischen beiden Regelungen, die von der Lehre des Verschuldens gegen sich selbst weitgehend nicht beachtet werden.

§ 254 BGB setzt einen Schaden und einen daraus entspringenden Ersatzanspruch des Geschädigten gegen den Schädiger voraus. Dagegen

---

1) So früher Larenz, Vertrag und Unrecht, Bd. II, S. 100; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 64, 3 d, e, bejaht wohl auch heute noch eine Pflicht gegenüber dem künftigen Schädiger.

2) Staudinger-Werner, 11. Aufl., Rdn. 27 zu § 254

3) Erman, 3. Aufl., Anm. 3 b zu § 254; ähnlich Palandt-Danckelmann, 24. Aufl. 1965, Anm. 2 a zu § 254

liegt im Falle des § 616 BGB zwar auch ein Schaden, nämlich die Krankheit, vor, aber es fehlt an einer Ersatzforderung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Dieser ist, ausgenommen die von ihm zu vertretenden Arbeitsunfälle, für die Sonderregelungen nach der RVO bestehen, im allgemeinen weder vertraglich noch außervertraglich verpflichtet, dem Arbeitnehmer den durch die Erkrankung hervorgerufenen Schaden auszugleichen, weil der Arbeitnehmer sich die Krankheiten meist bei Gelegenheiten zuzieht, bei denen eine Verursachung oder auch nur irgendwie geartete Einflußnahme des Arbeitgebers ausscheidet. Die Lohnfortzahlung hat mit einem Schadensersatzanspruch nichts zu tun, obwohl sie teilweise dem Ausgleich der durch die Krankheit hervorgerufenen Nachteile dient. Sie beruht auf der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers [1] und soll den Arbeitnehmer und seine Familie vor dem zufälligen vorübergehenden Ausfall seiner Arbeitskraft schützen.

§ 254 BGB spricht vom m i t wirkenden Verschulden, hat also den Fall im Auge, bei dem sowohl der Gläubiger wie der Schuldner zur Entstehung des Schadens beigetragen haben. Ganz anders ist das Verschulden bei § 616 BGB ein völlig einseitiges des Arbeitnehmers und die Krankheit beruht - ausgenommen Arbeitsunfälle - auch nicht teilweise auf einem vorwerfbaren, oder überhaupt irgendeinem Verhalten des Arbeitgebers.

---

1) Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 44 III 1; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl., Rdn. 14 zu § 616; Nikisch I, 3. Aufl., § 43 I 1; Maus, Handbuch IV, Rdn. 178 e; BAG Urteil vom 24. Februar 1955, AP Nr. 2 zu § 616 BGB

Während bei § 254 BGB entsprechend der Schwere des Mitverschuldens sowie der Mitverursachung und den Einzelumständen der Ersatzanspruch des Geschädigten gekürzt wird oder ganz wegfällt, fehlt für die Lohnfortzahlungsregelung eine solche Abstufungsmöglichkeit. Von der Beantwortung der Verschuldensfrage hängt für den Arbeitnehmer ab, ob die Vergütung in vollem Umfang weitergewährt oder ihm ganz versagt wird.

Neben diesen auf den ersten Blick sich zeigenden Abweichungen zwischen den beiden Vorschriften ist es gerade der Begriff des Verschuldens g e g e n  s i c h  s e l b s t , dessen Übertragung aus der Schadensverteilungsnorm in die Lohnfortzahlungsregelung letztlich nicht überzeugt. Die Formulierung paßt gut zur Erläuterung des Verschuldens in § 254 BGB, wenn man der als herrschend anzusehenden Auffassung folgt, daß es in diesem Tatbestand nur um die Außerachtlassung der eigenen Interessen des Geschädigten geht und durch seine Nachlässigkeit die Belange der Allgemeinheit, Dritter oder des künftigen Schädigers nicht berührt werden. Mit Hilfe dieser Bestimmung wird nur festgestellt, in welchem Umfang sich der Gläubiger durch zurechenbares Verhalten selbst geschädigt hat. Bei § 616 BGB liegt es anders. Zwar bedeutet für den Arbeitnehmer jede Krankheit eine Schädigung seiner Interessen. Diese beschränkt sich aber innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses auf die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens und die Aufwendungen zur Wiederherstellung der Gesundheit, wobei die versicherungsrechtliche Seite außer Betracht bleiben soll. Soweit darüber hinaus durch die Erkrankung die Arbeitskraft ausfällt, trifft dieser Nachteil grundsätzlich den Arbeit-

geber. Er muß bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit die Vergütung weiter zahlen, es sei denn, der Arbeitnehmer hat die Verhinderung vorsätzlich oder grob leichtfertig herbeigeführt, was nur in einer geringen Zahl von Fällen vorkommt. Während § 254 BGB davon ausgeht, daß der Gläubiger jeden durch Zufall oder eigenes Handeln hervorgerufenen Schaden innerhalb seines Rechtskreises selbst tragen muß, also für seinen Interessenbereich voll verantwortlich ist, überträgt § 616 BGB das Risiko der kurzfristigen Arbeitsunfähigkeit in erster Linie auf den Arbeitgeber. Deshalb geht die in dem mitwirkenden Verschulden des § 254 BGB enthaltene Mißbilligung vom Geschädigten selbst aus, als eine Art Selbstvorwurf vom Standpunkt der verständigen Wahrung seines eigenen Interesses, wohingegen im Falle des § 616 BGB die Mißbilligung für die verschuldete Krankheit in Wahrheit durch den Arbeitgeber ausgesprochen wird. Er wirft dem Arbeitnehmer ein bestimmtes vorsätzliches oder leichtfertiges Tun oder Unterlassen vor, durch das die Arbeitsunfähigkeit verursacht wurde, und entzieht ihm deswegen die Fürsorge und den Lohn. Mit anderen Worten, das Verschulden bei der Lohnfortzahlung richtet sich, soweit die Arbeitsunfähigkeit in Frage steht, nicht gegen das Eigeninteresse des Arbeitnehmers, sondern gegen den Arbeitgeber. Er wird durch die Erkrankung primär geschädigt und erst der in § 616 BGB angedrohte Nachteil der Entgeltversagung soll den Arbeitnehmer davon abhalten, den Arbeitgeber leichtfertig zu schädigen. Im Hinblick darauf haben Lotmar und seine Anhänger die Problematik richtig gesehen. Wenn Titze sagt, der Arbeitnehmer schulde bezüglich seiner Gesund-

heit in erster Reihe sich selbst Sorgfalt [1], so stimmt das nur, sofern man allein das körperliche Wohlbefinden ohne Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis im Auge hat. Im Rahmen des § 616 BGB geht es aber nicht um die Krankheit an sich, sondern um die mit ihr verbundene Arbeitsverhinderung, deren Folgen wegen der Lohnfortzahlung hauptsächlich der Arbeitgeber trägt. Im Hinblick darauf richtet sich das Verschulden eben doch mehr gegen ihn als gegen den Arbeitnehmer selbst.

Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden hier untersuchten Regelungen besteht in der Frage nach der Norm, auf deren Verletzung sich der Schuldvorwurf bezieht. Der im Zusammenhang mit § 254 BGB bestehende Meinungsstreit, ob das Gebot der Wahrung des Eigeninteresses eine Rechtspflicht ist oder nicht, ist hauptsächlich theoretischer Natur, wenn man von den Schwierigkeiten des § 254 Absatz 2 Satz 2 BGB absieht. Die Antwort in der einen oder anderen Richtung hat für den Absatz 1 der Bestimmung und insbesondere für die Stellung des Geschädigten keine unmittelbare Bedeutung. Dagegen hängt von der Frage, ob das Verschulden des § 616 BGB sich auf eine echte Rechtspflicht bezieht, eine mögliche Schadenshaftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ab. Würde man nämlich hier eine Rechtspflicht des Arbeitnehmers bejahen, zum Beispiel mit dem Inhalt, Krankheiten zu vermeiden, so könnte sie nur vertraglichen Charakter haben und müßte bei schuldhafter Verletzung zumindest aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zum Schadenersatz führen. Es müssen deshalb im Rahmen des § 616 BGB bei dem Problem des echten oder uneigentlichen Verschuldens andere Überlegungen angestellt

---

1) Ehrenbergs Handbuch II, S. 753 Fußn. 37

werden als bei der gleichen Frage im Zusammenhang mit § 254 BGB.

Auch folgendes ist noch zu bedenken. Da das Arbeitsentgelt die Grundlage für den gesamten Lebensunterhalt des Arbeitnehmers darstellt, bedeutet seine Versagung wegen verschuldeter Krankheit im allgemeinen eine viel empfindlichere Einbuße für den Arbeitnehmer als die Kürzung des Schadensersatzanspruches für den Geschädigten. Allerdings kann diese im Einzelfall auch einmal zu einer Gefährdung der Existenzgrundlage werden.

bb) Fehlende Beziehung zum Arbeitsverhältnis

Die Regelung des Mitverschuldens bei der Schadensverteilung weicht auch insofern von dem Institut der Entgeltfortgewährung ab, als dort während des Zeitraumes, auf den es für die Beurteilung der Verschuldensfrage ankommt - also im Falle des § 254 Absatz 1 BGB die Zeit bis zum Eintritt des Schaden stiftenden Ereignisses -, zwischen den Beteiligten keine Rechtsbeziehungen zu bestehen brauchen und oft tatsächlich nicht bestehen, zum Beispiel bei unerlaubten Handlungen, während dagegen die Lohnfortzahlung ein Arbeitsverhältnis voraussetzt. § 254 BGB regelt die Folgen einer Kollision zweier Rechtssubjekte miteinander ohne Rücksicht auf ihre rechtlichen oder tatsächlichen Bindungen zueinander, wohingegen das Verschulden bei § 616 BGB den Umfang vertraglicher Pflichten bestimmt. Aus der Beziehungslosigkeit des Verschuldensbegriffes in § 254 BGB zu einem Vertrags- oder sonstigen Rechtsverhältnis ergibt sich die hauptsächliche Schwäche der hier untersuchten Lehre.

Während das von Lotmar aus § 276 BGB herangezogene Verschulden sich auf die Verletzung

der Arbeitsvertragspflicht bezieht und damit einfach in das Arbeitsverhältnis einzugliedern ist, fügt sich der über § 254 BGB gewonnene Verschuldensbegriff nicht ohne weiteres in die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein. Sein Bezugspunkt ist die Außerachtlassung der Gebote des Eigeninteresses ohne Rücksicht auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis. Der in ihm enthaltene Vorwurf geht nicht von dem anderen Vertragsteil, dem Arbeitgeber, sondern vom Arbeitnehmer selbst aus, von seinen wohlverstandenen eigenen Belangen. Es stehen nicht irgendwelche Pflichten oder Gebote aus dem Arbeitsverhältnis zur Rede, sondern die richtige Bewahrung und Erhaltung der eigenen Rechtsgüter. Ein Anknüpfungspunkt zu den rechtlichen Bindungen aus dem Arbeitsvertrag fehlt insoweit völlig, obwohl die Folgen verschuldeter Arbeitsverhinderung einschneidend in das Arbeitsverhältnis eingreifen.

War Lotmars Bezugspunkt praktisch nicht brauchbar, weil aus der Arbeitspflicht hinsichtlich der Erhaltung der Gesundheit keine Anforderungen an den Arbeitnehmer hergeleitet werden können, so führt die hier untersuchte Lehre zwar zu angemessenen Ergebnissen, aber ihr Verschuldensbegriff ist systematisch nicht befriedigend, denn er steht isoliert neben dem Arbeitsvertrag. Es ist nicht verständlich, wieso diese Ansicht allein das Eigeninteresse des Arbeitnehmers zum Ausgangspunkt des Schuldvorwurfs macht, da doch im Krankheitsfall der Lohn vom Arbeitgeber weiter gezahlt wird und deshalb bei der Beschränkung der Vergütungsfortgewährung seine Interessen zumindest mitberücksichtigt werden, wenn nicht gar im Vordergrund stehen müssen. Dieses - jedenfalls

von der theoretischen Erfassung her - völlige Absehen von den Belangen des Arbeitgebers ist es wohl vor allem gewesen, was die Literatur veranlaßt hat, einen neuen, unten unter V zu erörternden Weg zur Lösung der Frage einzuschlagen.

Die Versagung der Vergütung gegenüber einem kranken Arbeitnehmer läßt sich überzeugend nur damit rechtfertigen, er habe sich im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nicht so verhalten, daß eine Belastung des Arbeitgebers mit der Lohnfortzahlung noch als billig anzusehen sei. Damit soll der Schuldvorwurf zwar nicht allein, aber doch vorwiegend auf die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen gegründet werden und insoweit nicht neutral sein. Der auf die Lohnfortzahlung bauende Arbeitnehmer soll in seinem Privatleben in gewissem Umfang Rücksicht auf die Belange des Arbeitgebers nehmen. Dies rechtfertigt sich daraus, daß ihm letzterer durch Weitergewährung der Vergütung über den krankheitsbedingten Arbeitskraftausfall hinweghilft.

Als in der Mitte des vorigen Jahrhunderts durch Art. 60 ADHGB und später § 616 BGB stufenweise die Pflicht des Arbeitgebers wieder eingeführt wurde, dem erkrankten Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen und für bestimmte Zeit das Entgelt weiterzugewähren, sah man darin in erster Linie eine menschlich und sozialpolitisch erforderliche Belastung des Arbeitgebers, die dieser nach streng zivilrechtlichen Vertragsgrundsätzen an sich nicht zu tragen brauchte. Diese mehr karitative und der staatlichen Fürsorge für die Bevölkerung entspringende Vorstellung erleichterte es,

einen Bezugspunkt außerhalb des Arbeitsverhältnisses, nämlich das Eigeninteresse des Arbeitnehmers, anzunehmen. Wenn dem Arbeitgeber die Hilfe für den kranken Arbeitnehmer nur in fremdem, in staatlichem Interesse auferlegt wird, dann brauchen auch bei der Einschränkung dieser Hilfe nicht seine Belange und die Interessenlage im Arbeitsverhältnis berücksichtigt zu werden. Im Verschuldensbegriff spiegelte sich damit die Auffassung, die man von der Lohnfortzahlungspflicht hatte. So wie diese als eine Art Fremdkörper im Arbeitsvertrag empfunden wurde, so wurde sie auch von außerhalb des Dienstverhältnisses liegenden Merkmalen begrenzt.

Die auf eine Art Wohltätigkeit des Arbeitgebers hinauslaufenden Momente sind in der heutigen Auffassung von der Pflicht zur Fortgewährung der Vergütung im Krankheitsfall verschwunden [1]. Diese wird allgemein als eine Ausgestaltung der dem Arbeitgeber obliegende Fürsorgepflicht angesehen, das heißt sie wurzelt in der personenrechtlichen Seite des Arbeitsverhältnisses [2]. Damit ist sie echter Bestandteil des Arbeitsvertrages und leitet aus ihm ihre innere Berechtigung ab.

Ihre Legitimität als arbeitsvertragliche

---

1) Wenn einzelne Schriftsteller auch heute noch auf Humanität und sozialpolitische Rücksichten hinweisen, wie Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl., Rdn. 3 zu § 616 BGB und HGB-RGRK-Würdinger, 2. Aufl. 1953, Vorbem. zu § 63 HGB, so ist das geschichtlich zu verstehen.

2) BAG GS Beschluß vom 17. Dezember 1959, E 8/285 (297 ff); Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 44 III 1 und Fußn. 18; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, a.a.O., Rdn. 3 zu § 616; Schlegelberger-Schröder, 4. Aufl., Rdn. 1 zu § 63 HGB.

Pflicht verliert die Lohnfortzahlung nicht dadurch, daß die Sicherung des Arbeitseinkommens des erkrankten Arbeitnehmers auch auf anderem zum Beispiel versicherungsrechtlichem Wege erfolgen kann, wie zum Teil bei den Arbeitern, die 65 bis 75 % ihres Nettoverdienstes als Krankengeld von der Krankenkasse (§ 182 RVO) und nur den Differenzbetrag zum vollen Nettoentgelt als teilweise Lohnfortzahlung vom Arbeitgeber (§ 1 ArbKrankhG) erhalten. Beide Möglichkeiten zur Lösung des Problems der Einkommenssicherung haben in gewissem Umfange und unter bestimmten Voraussetzungen ihre Berechtigung. Schlägt man zur Behebung der Schwierigkeiten einmal eine bestimmte Richtung ein, wie es das Gesetz in § 616 BGB getan hat, dann muß sie auch konsequent weiterverfolgt werden. Konsequenz jedoch bedeutet hier, daß die Fortzahlung der Vergütung nicht nur formal als Teil der Fürsorgepflicht in den Arbeitsvertrag eingegliedert wird, sondern daß auch ihre Einschränkung durch Kriterien erfolgt, die dem Arbeitsverhältnis entstammen.

Entspringt die Entgeltfortgewährung der Fürsorge des Arbeitgebers, dann muß sie - subjektiv vom Arbeitnehmer her gesehen - entfallen, wenn der Kranke infolge seines Verhaltens als Arbeitnehmer dieser Fürsorge nicht mehr wert ist [1]. Ob dies der Fall ist, soll nach dem Willen des Gesetzes mit Hilfe des Verschuldensbegriffes festgestellt werden. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, ist es aber systematisch verfehlt, den Verschuldensbegriff einzig auf die Wahrung oder Vernach-

1) Im Ergebnis ebenso begründet Gumpert, BB 1960/524 (526), die Ablehnung der hier untersuchten Lehre.

lässigung der Eigenbelange des Arbeitnehmers auszurichten, die bei der Abwägung nicht im Vordergrund stehen. Bei der Verschuldensfrage geht es vielmehr darum, ob in einem konkreten Fall die Gewährung der Fürsorge in Form der Lohnfortzahlung mit den Interessen des Arbeitgebers noch vereinbar ist und ihm noch zugemutet werden kann. Allerdings ist auch die Lage des kranken Arbeitnehmers zu berücksichtigen, jedoch nicht in erster Reihe, denn der Gesetzgeber hat seine Interessen schon durch die generelle Bejahung der Lohnfortzahlung bei Krankheit geschützt. Die Tatsache aber, daß das Verschulden nur unter Abwägung der Belange beider Vertragsteile, also unter Beachtung ihrer Bindungen innerhalb des Arbeitsverhältnisses, richtig verstanden werden kann, muß in dem Bezugspunkt zum Ausdruck kommen. Er muß daher ein irgendwie geartetes Ge- oder Verbot enthalten, das den Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entnommen ist. Freilich ist damit für die Entscheidung eines Einzelfalles noch kein - vom praktischen gesehen - wesentlich anderer Maßstab gesetzt. Aber die Blickrichtung wird geändert und daraus können sich auch allmählich Änderungen in der Strenge des konkreten Maßstabes ergeben.

Nach der überwiegenden Auffassung stellt § 616 BGB eine Ausnahme von der allgemeinen schuldrechtlichen Regel des § 323 BGB dar, wonach bei gegenseitigen Verträgen der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, wenn ihm die eigene Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er selbst noch der andere Teil zu vertreten hat.[1] Diese Durch-

1) Hueck-Nipperdey, 7.Aufl., § 44 I und § 22 IV und Fußn. 20; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11.Aufl., Rdn. 3 zu § 616 BGB; Kaskel-Dersch, 5. Aufl., S. 163; Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 147 I; Hessel, S. 9

brechung des Grundsatzes "ohne Arbeit kein Lohn" ist aber eine heute selbstverständliche Ausnahme oder, genauer gesagt, eine in gewissem Umfang notwendige Korrektur und Ergänzung des strengen Güteraustauschprinzips der §§ 323 bis 325 BGB. Die Lohnfortzahlung ist also nichts Fremdes mehr im Arbeitsverhältnis, sondern der ihr zugrunde liegende Gedanke eine natürliche Folge aus der in gemeinsamer Tätigkeit wurzelnden engen vertraglichen Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dann muß aber auch der Verschuldensbegriff vom Arbeitsverhältnis her verstanden werden und mit seinem Bezugspunkt in dieses Rechtsverhältnis eingegliedert werden.

Wer über die herrschende Lehre hinausgeht und gar nicht mehr von Ausnahmen spricht, sondern, wie Nikisch [1], die Fortgewährung der Vergütung dem Grunde nach unmittelbar und selbständig aus dem Dienstverhältnis ableitet [2] oder sie sogar, wie Schwegmann es will, als mit dem in den §§ 323 ff BGB zum Ausdruck kommenden Gegenseitigkeitsprinzip in Einklang stehend ansieht [3], muß erst recht den Bezugspunkt für das Verschulden dem Arbeitsvertrag entnehmen [4].

---

1) Bd. I, § 43 I 1; seine Ansicht beruht darauf, daß er den Satz "ohne Arbeit kein Lohn" nicht anerkennt, sondern in der Vergütung die Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft sieht und in dem Entgelt außerdem gewisse Unterhaltselemente erblickt, Bd. I, § 29 I 2.

2) Gegen eine derartige Verselbständigung des Lohnfortzahlungsgedankens wendet sich besonders BAG GS Beschluß vom 18. Dezember 1959, NJW 1960/741, wo es dem Arbeitnehmer den Anspruch aus § 616 BGB auch für die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeitspanne einer längeren Krankheit versagt.

3) Schwegmann, S. 46

4) Das tut Schwegmann auch, S. 58; nicht aber Nikisch, Bd. I, § 43 II 1.

Wenn zur Motivation des § 616 BGB auch darauf hingewiesen wird, daß der Arbeitgeber mit geringfügigen Behinderungen des Arbeitnehmers rechnen und sie bei der Betriebsführung einkalkulieren müsse, so ist damit die wirtschaftliche Seite des Entgeltweiterbezuges gemeint. Diese Überlegung zeigt ebenfalls, wie sehr eine Weitergewährung der Vergütung bei Krankheit dem billigen Interessenausgleich der Partner des Arbeitsverhältnisses entspricht. Freilich haben solche Erwägungen heute nicht mehr das gleiche Gewicht wie bei der Schaffung des BGB, denn für sämtliche Angestellte ist zum Beispiel die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit zwingend auf sechs Wochen festgesetzt ohne Rücksicht auf die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses und den Krankheitsbeginn, §§ 63 HGB, 133 c Abs. 2 GewO, 616 Abs. 2 BGB. Die letztgenannte Vorschrift läßt allerdings eine abweichende Vereinbarung bezüglich der Sechswochenfrist durch Tarifvertrag zu.

Wird somit trotz unterschiedlicher dogmatischer Einordnung die Lohnfortzahlungspflicht allgemein als echter Bestandteil des Arbeitsverhältnisses angesehen, der diesem wesensmäßig entspricht und in gewissem Umfang eine natürliche Folge desselben ist, dann muß ihre mit dem Verschuldensbegriff beabsichtigte Begrenzung durch ein Kriterium erfolgen, das aus der Abwägung der Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gewonnen wird.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann über die Auffassung vom Verschulden gegen sich selbst gesagt werden: Sie kommt unter Berücksichtigung der von ihr

gemachten Einschränkungen zu durchaus praktischen Ergebnissen und hat die Mängel der ursprünglichen von einer Vertragspflichtverletzung ausgehenden Lehre behoben. Ihr dogmatischer Ausgangspunkt ist jedoch nicht so glücklich, wie es zunächst im Hinblick auf die Überwindung der an § 276 BGB orientierten Ansicht scheint, und ihre theoretische Begründung wird dem Charakter der Lohnfortzahlung nicht gerecht. Sie ist deshalb zur Lösung der Verschuldensfrage nicht geeignet.

3. Gebot zur Wahrung der eigenen Belange als Statuspflicht des Arbeitnehmers

Um die Schwierigkeiten des Bezugspunktes innerhalb der Lehre vom Verschulden gegen sich selbst zu beheben, leitet neuerdings Küchenhoff [1] aus dem vom Arbeitnehmer eingegangenen Status, wie er das Arbeitsverhältnis bezeichnet, die Pflicht ab, sich zur Leistung der mit dem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben fähig zu erhalten. Darunter versteht er eine Rechtspflicht gegenüber dem Arbeitgeber, die aber keine spezielle Leistungspflicht darstellt, sondern sich auf die Gesamthaltung des Arbeitnehmers bezieht, von der vertraglich ein Teil in die Betriebsgestaltung des Arbeitgebers eingefügt ist. Ein schuldhafter Verstoß gegen die Statuspflicht begründet, anders als eine Verletzung der Leistungspflicht, keine Ersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer. So jedenfalls sind meines Erachtens Küchenhoffs Ausführungen zu verstehen. Diese fehlende Schadensersatzsanktion ist wohl auch einer der Hauptgründe, weswegen er die

1) Bei Ermar, 3. Aufl. 1962, Anm. 4 d zu § 616 BGB

Unterscheidung zwischen Status- und speziellen Leistungspflichten im Zusammenhang mit § 616 BGB einführt.

Küchenhoffs an die Statusrechte aus dem öffentlichen Recht erinnernde Gedankengänge kommen der früher von Larenz [1] im Zusammenhang mit der Verschuldensproblematik des § 254 BGB vertretenen Ansicht nahe, daß der Geschädigte, der sich mitwirkendes Verschulden anrechnen lassen muß, insoweit selbst eine Rechtspflicht, sei es gegenüber dem künftigen Schädiger, sei es gegenüber der Allgemeinheit [2], verletzt habe. Von dieser Vorstellung einer Pflicht gegenüber der Gesamtheit der Rechtsgenossen, sich selbst in verständiger Weise vor Schaden zu bewahren, ist Larenz [3] wieder abgerückt, weil durch eine derartige Pflicht die Rechtsordnung zu weit in den Lebenskreis des einzelnen eingreifen würde und es jedenfalls grundsätzlich nicht ihre Aufgabe ist, den einzelnen Bürger vor seinem eigenen Leichtsinn zu schützen. Eine solche Verpflichtung wird allgemein als Übersteigerung abgelehnt [4].

Ebenso geht Küchenhoff von der überspitzten Vorstellung aus, dem Verschulden in eigener Sache läge eine Rechtspflicht zugrunde, die sich allgemein und umfassend auf die Gesamthaltung des Arbeitnehmers beziehe, von der wiederum ein Teil in das Unternehmen eingefügt sei. Er leitet dann aus dem Status des Arbeitsverhältnisses die Pflicht zur Erhaltung der Arbeitsfähigkeit ab.

---

1) Vertrag und Unrecht, II, S. 100 f

2) Larenz, a.a.O., S. 101, erwähnt gerade die Herstellung der Arbeitskraft als im Gesamtinteresse liegend.

3) Lehrbuch des Schuldrechts, I, 6. Aufl. 1963, § 15 I a und vor allem S. 172 Fußn. 2

4) Für alle: Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 16 I 3

Offenbar will er so die an den Bezugspunkt sich anknüpfenden Schwierigkeiten der Auffassung vom Verschulden gegen sich selbst lösen, indem er das Gebot zur Wahrung des eigenen Interesses im Rahmen des Arbeitsverhältnisses und bezüglich etwaiger Erkrankungen zur Rechtspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber erhebt. Damit wird dann aus dem Verschulden im uneigentlichen Sinn ein echtes, das sich auf eine wirkliche Rechtspflicht bezieht. Küchenhoff versteht zwar diese Pflicht zur Erhaltung der Arbeitsfähigkeit, anders als seinerzeit Nipperdey, nicht als Teil der Arbeitspflicht, vielmehr als davon gesonderte, aus dem Arbeitsverhältnis entspringende Statuspflicht. Ihr Inhalt ist mit dem Gebot der Wahrung der eigenen Belange identisch und erstreckt sich daher auch auf die Erhaltung der Gesundheit und Vermeidung von Krankheiten. Aber eine solche Vertragspflicht kann aus den gleichen Gründen nicht anerkannt werden, die gegen die Lehre Lotmars sprachen. Allerdings soll die Verletzung der Statuspflicht nicht mit Schadensersatzansprüchen sanktioniert sein. Dadurch vermeidet Küchenhoff einen schweren Nachteil der Lehre Lotmars. Jedoch bedeutet auch ohne diese Sanktion seine Statuspflicht einen zu starken Eingriff in die private Lebensführung des Arbeitnehmers. Ebensowenig wie dieser verpflichtet ist, sich im Urlaub zu erholen [1] oder sich an den gesetzlichen Feiertagen auszuruhen beziehungsweise sonstwie neue Kräfte für die künftige Arbeit zu schöpfen, sowenig ist er auch rechtlich verpflichtet, Gesundheitsbeschädigungen im Interesse des Arbeitgebers zu ver-

---

1) Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 49 Fußn. 67; Dersch-Neumann, 2. Aufl. 1963, Anm. 14 zu § 8 BUrlG

meiden. Wo die Sorge um die eigene Gesundheit beginnt, da hören die Pflichten gegenüber dem Betrieb auf. Ausgenommen davon sind nur die oben (S. 33 ) erwähnten seltenen Fälle, in denen bewußt durch die Krankheitsverursachung dem Arbeitgeber ein Schaden zugefügt werden soll oder der Arbeitnehmer wegen Erledigung einer bestimmten wichtigen Aufgabe ausnahmsweise einmal seine Gesundheit in den Dienst des Betriebes stellen muß. Natürlich bleibt hier unberücksichtigt, daß durch Einzelvereinbarung auch bezüglich der Gesundheit und des Körpers Abmachungen im Arbeitsverhältnis getroffen werden können.

Die von Küchenhoff konstruierte Statuspflicht begegnet auch noch dem Bedenken, daß die Zivilrechtsordnung, von wenigen Ausnahmen abgesehen, keine einem Vertragsverhältnis entspringende Pflicht kennt, die gegen Verletzung nicht durch Schadensersatzansprüche geschützt ist.

Die Ansicht Küchenhoffs führt mithin in der Lösung der Verschuldensproblematik nicht weiter.

## V. Verschulden als Verstoß gegen die Treuepflicht

### 1. Vorwurf treuwidriger Inanspruchnahme des Arbeitgebers

#### a) Darstellung der Lehre

Im Zusammenhang mit der Verschuldensfrage bei Dienstunfähigkeit, die durch einen Unfall infolge leicht fahrlässiger Übertretung der Straßenverkehrsvorschriften oder durch außerehelichen Geschlechtsverkehr verursacht wurde, griff die Rechtsprechung auf die allgemeinen arbeitsvertraglichen Grundsätze der Fürsorge und Treue zurück. Grundlegend war die Entscheidung

des LAG Dortmund vom 24. Juni 1938 [1], das ein Verschulden nur dann bejaht, wenn das Verlangen des Arbeitnehmers nach Lohnfortzahlung unter Berücksichtigung seines für die Dienstverhinderung ursächlichen Verhaltens als ein Verstoß gegen die Treuepflicht erscheint, die Weitergewährung der Vergütung sich gewissermaßen als eine Belohnung für treuloses, leichtfertiges Verhalten darstellen und eine Überspannung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bedeuten würde. Diese Auffassung hat später durch Nipperdey [2] und A. Hueck [3] Eingang in die Wissenschaft gefunden [4]. Sie ist jedoch nach 1945 von der Rechtsprechung nur noch vereinzelt vertreten worden [5].

Neben dem allgemeinen Grundsatz der Treue und Fürsorge wird als konkreter Verschuldensmaßstab der gröbliche Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten aufgestellt [6] bzw. die Vergütung versagt, wenn der Arbeitnehmer durch leichtfertiges Verhalten oder durch mutwillige Gefährdung seiner Gesundheit seine Arbeitsunfähigkeit

---

1) ARS 33/L 129 - Verkehrsunfall -

2) Staudinger-Nipperdey, ab der 10. Aufl. 1941, Rdn. 14 zu § 616 BGB

3) Lehrbuch I, ab der 6. Aufl. 1959, § 44 III 1 a cc

4) Außer den in Anm. 2 und 3 Genannten vertreten sie BGB-RGRK-Denecke, 11. Aufl., Anm. 4 zu § 616 BGB; Maus, Handbuch IV. Teil, Rdn. 178 e (Lieferung 1962); Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle, 1958, S. 39 ff (41, 42)

5) BAG Urteil vom 30. Mai 1958, AP Nr. 5 zu § 63 HGB, wo der besonders gelagerte Fall eines gegen Entgelt tätigen Vertragsspielers zu beurteilen war; LAG Düsseldorf, Urteil vom 24. Juni 1958, Betrieb 1958/1423

6) Hueck-Nipperdey I, a.a.O.; Schelp-Trieschmann, a.a.O., S. 42

herbeigeführt hat [1]. Bei Vorliegen dieser Kriterien wird in der Inanspruchnahme des Arbeitgebers immer ein Mißbrauch der Fürsorgepflicht durch den Arbeitnehmer gesehen. Die Verbindung des ganz umfassenden und allgemeinen Prinzips von Treue und Fürsorge mit der aus der Auffassung vom Verschulden gegen sich selbst entnommenen konkreten Richtschnur der groben Verletzung des Eigeninteresses führt zu einem etwas unklaren Bild dieser Lehre und macht es schwierig, sie von der im vorigen Abschnitt behandelten Theorie abzugrenzen. Wie die Merkmale der Mutwilligkeit, Leichtfertigkeit und groben Unvorsichtigkeit zeigen, geht es nicht um die Auffindung und Begründung neuer Ergebnisse, sondern um dogmatische Fragen. Im Resultat versagt diese Lehre das Arbeitsentgelt auch nur dort, wo es auch die Auffassung vom Verschulden gegen sich selbst tat. Der Treuegedanke wird herangezogen, einmal um die Beschränkung des Verschuldens auf Vorsatz und grobe Unvorsichtigkeit besser rechtfertigen zu können, und zum anderen um dem Richter neben dem Maßstab der verständigen Wahrung der Eigeninteressen zusätzlich einen Ermessensspielraum für besonders schwierige oder sonst nicht erfaßbare Fälle einzuräumen [2]. Gleichzeitig zwingt sie den Richter durch die Verbindung des Verschuldensbegriffes mit dem Treue- und Fürsorgegedanken bei jeder Entscheidung zumindest abschließend eine Interessenabwägung vorzunehmen.

b) Kritik

Die behandelte Auffassung führt den Verschuldensbegriff aus seiner Isolierung, in die

---

1) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl., Rdn. 14 zu § 616 BGB

2) Wie z.B. den des Vertragsspielers in der Fußballoberliga, BAG Urteil vom 30. Mai 1958, a.a.O.

er durch die Anlehnung an § 254 BGB gekommen war, wieder heraus. Dem Grunde nach wird er in das Arbeitsverhältnis erneut eingegliedert, insofern die letzte Entscheidung über den Weiterbezug der Vergütung nicht an Hand der Verletzung des wohlverstandenen Eigeninteresses, sondern mittels Abwägung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers getroffen wird. Der Schritt zurück in die arbeitsvertraglichen Beziehungen ist aber nicht ganz gewagt worden. Als Bezugspunkt des Verschuldens bleibt die Wahrung der eigenen Belange bestehen. Das spricht Hueck [1] deutlich aus. Es gilt jedoch auch für Nipperdey, wenn er die durch mutwillige Gesundheitsgefährdung bewirkte Arbeitsunfähigkeit als verschuldet ansieht [2].

Es ist zwar mißlich, kann der hier untersuchten Lehre aber nicht als schwerer Nachteil angerechnet werden [3], daß sie zum Ausgangspunkt ihrer Beurteilung nicht die zur Erkrankung führende Handlung, sondern erst das Verlangen des Arbeitnehmers nach Weiterzahlung des Lohnes macht. Sie geht damit über den Wortlaut des § 616 BGB hinaus, der nur auf die unverschuldete Dienstverhinderung abstellt, nicht dagegen auf die Inanspruchnahme des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer. Sie will, wie die Abwägung der Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie die Heranziehung des Fürsorge- und Treuegedankens zeigen, jedoch nicht nur die Geltendmachung der Vergütungsfortgewährung bei ver-

---

1) Lehrbuch I, 7. Aufl., § 44 III 1 a cc

2) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl., Rdn. 14 zu § 616

3) Wie es Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, 9. Aufl., Rdn. 17 zu § 616 und Gumpert, BB 1960/524 (526) tun.

schuldeter Krankheit abwehren, sondern den Entgeltanspruch zugleich inhaltlich, also materiell beschränken. Er soll nur gegeben sein, wenn die Belastung des Arbeitgebers mit den Folgen des Arbeitskraftausfalles unter Berücksichtigung des die Erkrankung verursachenden Tuns oder Unterlassens des Arbeitnehmers in billiger Weise den Grundsätzen der Fürsorge und Treue entspricht. Soweit die Lehre nicht nur das Verhalten des Arbeitnehmers, das zur Arbeitsunfähigkeit führt, zum Gegenstand der Beurteilung macht, sondern darüber hinaus die Folgen dieses Verhaltens für ihn und den Arbeitgeber in die Betrachtung miteinbezieht, kann ihr das nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die umfassende Berücksichtigung aller Umstände ergibt sich einfach daraus, daß diese Ansicht das Verschulden durch eine Abwägung zwischen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auf der einen Seite und der Treuepflicht des Arbeitnehmers auf der anderen ersetzt.

Mit der Übernahme des Bezugspunktes aus der an § 254 BGB orientierten Theorie stehen der hier erörterten Auffassung die gleichen Bedenken wie jener entgegen.

Gerade in dem Punkt, in dem die Lehre von der treuwidrigen Inanspruchnahme des Arbeitgebers über die vom Verschulden gegen sich selbst hinausgeht, hilft sie der Praxis und vor allem dem Richter wenig. Das letzte entscheidende Kriterium für die Gewährung oder Versagung des Lohnes soll die Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sein, die nach den Grundsätzen der Fürsorge und Treue vorgenommen wird. Damit wird der Verschuldensbegriff in einen weitreichenden, das ganze Arbeitsvertragsrecht durchziehenden Grundgedanken aufgelöst, der dem Richter und Praktiker kaum Anhaltspunkte zur

Beurteilung eines konkreten Falles gibt [1], sie also an der Stelle verläßt, wo sie die Hilfe der Wissenschaft am dringendsten benötigen. Soweit ihnen doch ein Maßstab an die Hand gegeben wird, nämlich hinsichtlich Grad und Bezugspunkt des Verschuldens, ist er einer früheren Ansicht entlehnt. Eine Erleichterung für die Rechtsanwendung liegt allerdings darin, daß der Richter nicht mehr an das Wort "Verschulden" gebunden ist, sondern zurückgreifen darf auf die allgemeinen Vertragsprinzipien, die ihn aber zugleich in einen weiten Ermessensspielraum ohne ausreichend bestimmte Richtlinien führen. Die Ersetzung eines gesetzlichen Merkmals, wie des Verschuldens in § 616 BGB, durch Treu und Glauben bzw. Fürsorge und Treue sollte nur der letzte Weg zur Behebung einer Auslegungsschwierigkeit sein. Mag die Heranziehung dieser allgemeinen Gesichtspunkte gerechtfertigt sein, um die Fälle leichterer Unachtsamkeit aus dem Verschuldensbegriff herauszulösen und diese Trennung besser begründen zu können, als Inhalt des Verschuldensbegriffes sind sie nicht zweckmäßig und helfen der Praxis kaum weiter. Daß zur Überwindung der Probleme noch nicht zu dem letzten Hilfsmittel, der Heranziehung der Generalklauseln des Arbeitsvertragsrechts, gegriffen zu werden braucht, soll in einem späteren Abschnitt aufgezeigt werden.

2. Verstoß gegen die Treuepflicht durch Herbeiführung der Krankheit

Um bei Dienstunfähigkeit infolge außerehelicher Schwangerschaft die Lohnfortzahlung ent-

---

1) Darauf weist besonders Monjau, Arbeitsrechtblattei "Krankheit des Arbeitnehmers", IV B II hin.

gegen seiner ursprünglichen Ansicht zu bejahen, hat das RAG im Jahre 1941 [1] ein Verschulden unter anderem dann angenommen, wenn das die Arbeitsbehinderung herbeiführende Tun oder Unterlassen des Arbeitnehmers eine Verletzung der Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber darstellt. Diese Auffassung beachtet nicht, daß ein schuldhafter Verstoß gegen die Treuepflicht, die ja eine echte Arbeitsvertragspflicht ist, den Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zum Schadensersatz gegenüber dem Arbeitgeber verpflichten würde. Damit stünde der Arbeitnehmer im Ergebnis nicht anders da, als bei Anwendung der von Lotmar entwickelten Theorie [2]. Die Meinung des RAG kann deshalb aus den gleichen Gründen wie jene nicht gebilligt werden.

## VI. Ausgangspunkte für eine andere Lösung

Es soll im folgenden versucht werden, dem Verschuldensbegriff innerhalb der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall eine bessere dogmatische Grundlage und größere begriffliche Klarheit zu geben, als es den in den vorigen drei Abschnitten dargelegten Auffassungen gelungen ist. Dabei sollen die heute von der Wissenschaft und Praxis einheitlich anerkannten Ergebnisse zu den einzelnen Fallgruppen, wie den Verkehrsunfällen, Sportunfällen, Betriebsunfällen, Geschlechtskrankheiten, sonstigen Krankheiten, Schwangerschaftsbeschwerden und Verletzungen infolge Trunkenheit, beibehalten werden.

Dazu ist von folgenden Punkten auszugehen:

---

1) Urteil vom 29. Juli 1941, ARS 42/389 (394)

2) So Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 44 Fußn. 32; Nikisch I, 3. Aufl., § 43 II 1 (S. 615) und Fußn. 26

1. Ausschluß der Fälle leichter Fahrlässigkeit

Wie oben (S. 18 ) dargelegt, hat das Verschulden seinem Grad nach schon unter der Geltung des Art. 60 ADHGB durch Auslegung eine erhebliche Einschränkung erfahren, die bei der Interpretation des § 63 HGB und § 616 BGB fortgeführt wurde und dann Eingang in die Auffassung vom Verschulden gegen sich selbst und später in die von der treuwidrigen Inanspruchnahme des Arbeitgebers gefunden hat. Das Verschulden wird, abgesehen von vorsätzlicher Verursachung der Arbeitsunfähigkeit, nur bejaht bei: leichtfertigem [1], mutwilligem [2], grob leichtfertigem [3] oder grob leichtsinnigem Verhalten [4], bei unverantwortlicher Selbstgefährdung [5] oder schwerem Verstoß zum Beispiel gegen die Pflichten als Verkehrsteilnehmer [6]; allgemeiner ausgedrückt, bei jedem g r o b - l i c h e n Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartenden Verhalten [7]. Wenn gelegentlich unverständiges Handeln zur Versagung des Lohnes für ausreichend angesehen wird [8], so ist damit nicht

---

1) BGB-RGRK-Denecke, 11. Aufl., Rdn. 14 zu § 616 BGB

2) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11. Aufl., Rdn. 14 zu § 616

3) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, a.a.O.

4) Schlegelberger-Schröder, 4. Aufl., Rdn. 4 zu § 63 HGB

5) Larenz II, 5. Aufl., § 48 II b (S. 182)

6) Schlegelberger-Schröder, a.a.O.

7) Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 44 III 1 a cc; ähnlich Nikisch I, 3. Aufl., § 43 II 1 (S.615)

8) Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, 9. Aufl., Rdn. 18 zu § 616 BGB; Baumbach-Duden, 16. Aufl., Anm. 2 B zu § 63 HGB

einfache Unvorsichtigkeit gemeint, wie sie etwa zum Mitverschulden nach § 254 BGB genügt, sondern ebenfalls die grobe Außerachtlassung der Regeln verständigen Verhaltens. Mit den genannten Formulierungen soll die leicht fahrlässige Gesundheitsschädigung ausgeschlossen werden [1]. Verschiedene Autoren sprechen denn auch offen von der Beschränkung des Verschuldensgrades auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit [2]. Nipperdey-Mohnen meinen, mit den oben erwähnten Wendungen werde in Wahrheit der gleiche Maßstab gesetzt, den das Gesetz für § 617 BGB vorgeschrieben hat, nämlich vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungsweise [3]. Tatsächlich verbirgt sich hinter den von der Wissenschaft und der Rechtsprechung [4] verwendeten Worten der Ausschluß leicht fahrlässiger Krankheitsverursachung als Voraussetzung für die Lohnentziehung [5].

Dementsprechend werden Krankheiten als verschuldet angesehen, die auf grobem Verstoß gegen die Straßenverkehrsregeln, Unfallverhütungsvorschriften, Regeln zur Ausübung eines Sportes (besonders Spielregeln), auf leichtsinniger Ausübung eines mit Gefahren verbundenen Sportes

---

1) So Landmann-Rohmer-Fröhler, 11. Aufl., Anm. 8 b zu § 133 c GewO

2) Erman-Küchenhoff, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 616; Schelp-Trieschmann, S. 42; Hessel, Krankheit im Arbeitsrecht, 3. Aufl., S. 18; Schelp-Herbst, BArbBl. 1956/67 (70); Fluhr, Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis, S. 37

3) Bei Staudinger, a.a.O., Rdn. 10 zu § 617 BGB

4) BAG Urteil vom 21. Januar 1960, AP Nr. 13 zu § 1 ArbKrankhG benutzt die gleiche Wendung wie Hueck; im gleichen Sinne auch das Urteil vom 5. April 1962, AP Nr. 28 zu § 63 HGB

5) Esser, 2. Aufl., § 131 2 c, schränkt das Verschulden zwar nicht ausdrücklich, aber, wie seine Beispiele zeigen, im Ergebnis ebenso ein.

oder auf einer Trinkerei beruhen. Nach diesen Grundsätzen hat die Rechtsprechung die Weiterzahlung des Lohnes versagt bei Arbeitsunfähigkeit, die zum Beispiel ihre Ursache hatte in: dem Aufspringen auf eine fahrende Stadtbahn [1], der Fortsetzung des Verkehrs mit einem gewalttätigen Verlobten, aus dessen Verhalten sich die Gefahr ergab, daß er die Arbeitnehmerin arbeitsunfähig schlagen würde [2], der Trinkerei auf einem 70 m hohen Klippenrand und anschließendem Absturz [3], der Handverletzung infolge der Verwendung eines Bierglases als Würfelbecher [4], der Verursachung eines Verkehrsunfalles mit einem Motorroller durch leichtsinniges und falsches Überholen [5] und der vom Arbeitgeber mehrfach ausdrücklich verbotenen Benutzung einer betriebseigenen Kreissäge [6].

Angesichts dieser Rechtsprechung und der von der Literatur verwendeten Formulierungen sollte man heute offen zugeben, wie einige Autoren es tun, daß das Verschulden innerhalb des § 616 BGB entgegen dem Wortlaut dieser Vorschrift und der Systematik des BGB sich auf

---

1) KaufmGer Berlin Urteil vom 10. Oktober 1911 Jahrb. BerlKfmGer 1912/S. 261

2) LAG Frankfurt, Urteil vom 25. Mai 1950, AP 1951/Nr. 133

3) ArbGer Göttingen, Urteil vom 2. Mai 1956, BB 1956/753

4) LAG Düsseldorf, Urteil vom 24. Juni 1958, Betr. 1958/1423

5) LAG Düsseldorf Urteil vom 23. Februar 1959, BB 1959/812

6) BAG Urteil vom 25. Juni 1964, AP Nr. 38 zu § 1 ArbKrankhG

vorsätzliche und grobfahrlässige Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit beschränkt. Besser ist es daher, die genannten umschreibenden Wendungen wegzulassen und statt dessen von grober Fahrlässigkeit zu sprechen. Das soll im folgenden geschehen.

Die Begrenzung des Verschuldens ist von der praktischen Seite her auch notwendig und zweckmäßig. Ohne sie würde die Lohnfortzahlung erheblich an praktischem Wert einbüßen und dem Arbeitnehmer häufig gar nicht helfen, denn jeder Mensch zieht sich durch kleinere Nachlässigkeiten und Unachtsamkeiten einmal eine Krankheit zu. Man würde dem kranken Arbeitnehmer Steine statt Brot geben und überdies endlose Streitigkeiten mit unerfreulicher Durchleuchtung höchst privater Verhaltensweisen heraufbeschwören. Ein um die Vermeidung eines Verdienstausfalles besorgter Arbeitnehmer würde vor lauter Vorsicht seines Lebens nicht mehr froh werden, denn man kann sich letztlich bei jedem Tun oder Lassen eine größere oder geringere Gesundheitsschädigung zuziehen. So bemerkt Nikisch [1], daß sich im menschlichen Verkehr ein gewisses Maß an Leichtsinn kaum umgehen läßt und deshalb auch nicht zu beanstanden ist. Es muß auch dem weniger vorsichtigen Arbeitnehmer noch ein Spielraum zur eigenen Lebensgestaltung bleiben, ohne daß ihm bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit gleich der Entzug des Lohnes droht.

Die dogmatische Begründung für die durch den Gesetzeswortlaut nicht gedeckte Einengung des Verschuldens auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ergibt sich aus Treu und Glauben und den das Arbeitsverhältnis beherrschenden Prinzipien

---

1) Bd. I, § 43 II 1 (S. 614)

der Fürsorge und Treue. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich verpflichtet, den Arbeitnehmer bei vorübergehenden Gesundheitsschäden vor dem Verlust der Existenzgrundlage durch Weitergewährung des Lohnes zu schützen. Darin liegt der Ausgleich für die persönliche Abhängigkeit, in die sich der Arbeitnehmer durch das Arbeitsverhältnis begibt. Wegen dieser Abhängigkeit und weil der Arbeitgeber die Existenz des Arbeitnehmers in gewissem Sinne in der Hand hat, darf die Verpflichtung zum Schutz nicht schon dann aufhören, wenn letzterer durch bloße Unachtsamkeit, wie sie jedem gelegentlich unterläuft, die Arbeitsunfähigkeit herbeigeführt hat, zum Beispiel wenn er sich unzureichend angezogen und erkältet hat, zu hastig eine Treppe hinuntergelaufen und gestürzt ist, beim Sport, etwa Skilaufen, nicht genau aufgepaßt und sich verletzt hat [1] oder einen Verkehrsunfall infolge versehentlicher Nichtbeachtung eines Verkehrsschildes oder sonst leicht fahrlässiger Übertretung der Straßenverkehrsvorschriften verursacht hat [2]. Es wäre mit der personenrechtlichen Bindung im Arbeitsverhältnis unvereinbar, dem Arbeitnehmer schon bei einer durch geringe Unachtsamkeit hervorgerufenen Krankheit den Verdienstanspruch zu versagen. Er stellt sich dem Betrieb als Mensch zur Verfügung und kann daher erwarten, daß beim Schutz seiner Lebensgrundlage durch den Arbeitgeber typisch menschliches Verhalten und Versagen berücksichtigt wird. Andernfalls hätte der ganze Schutz für ihn nur den halben Wert. Das Dienstverhältnis würde zu

---

1) Vgl. LAG Stuttgart Urteil vom 30. Juni 1953, AP Nr. 1 zu § 63 HGB, wo eine Arbeitnehmerin beim Skilaufen an einem mäßigen Hang eine Mulde übersehen hatte und gestürzt war.

2) LAG Dortmund Urteil vom 24. Juni 1938, ARS 33/L 129 (130)

Unrecht die Bezeichnung personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis tragen, wenn die Gemeinsamkeit schon beim Auftreten kleiner allgemein menschlicher Schwächen versagen würde. Eine solche Unterbrechung der Gemeinschaft an einer ihrer entscheidenden Grundlagen liegt in jedem Lohnentzug wegen verschuldeter Krankheit.

Zur Begründung der Verschuldensbegrenzung kann auch noch die bei der Schaffung der Lohnfortzahlung herangezogene Überlegung verwendet werden, daß der Arbeitgeber mit geringfügigem Arbeitsausfall, auch soweit er auf typisch menschlichem Versagen beruht, rechnen muß und die damit verbundene finanzielle Mehrbelastung über die Preiskalkulation auf die Abnehmer seiner Ware, Dienst- oder sonstigen Leistung abwälzen kann. Man muß sich nur darüber im klaren sein, daß es sich um eine betriebswirtschaftliche Erwägung handelt, die zeigen soll, wie der Betrieb die Mehrbelastung bewältigen kann. Dieser Gedankengang rechtfertigt die Lohnfortzahlung selbst und deren Erweiterung auf die Fälle leichten Verschuldens nicht, denndie Möglichkeit, gelegentlichen Arbeitsausfall vorherzusehen, zwingt nicht zu dem Schluß, der Arbeitgeber müsse auch die daraus erwachsenden Belastungen tragen. Mit Krankheiten rechnen und sich durch Vorsorge darauf einrichten, kann theoretisch auch der Arbeitnehmer. Der Grund für die betriebliche Fürsorge im Krankheitsfall lieg in dem besonderen Verhältnis, in dem sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüberstehen.

Die Korrektur des § 616 Absatz 1 BGB aus den Grundgedanken des Arbeitsverhältnisses findet ein Seitenstück in der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber für Schäden, die er bei gefahrgeneigter

Arbeit verursacht hat [1]. Auch dort wird in Abweichung vom Wortlaut des § 276 BGB bei leichter Fahrlässigkeit die Haftung des Arbeitnehmers verneint oder unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles quotenmäßig zwischen ihm und dem Arbeitgeber aufgeteilt [2]. Das begründet man gleichfalls damit, daß es mit dem Fürsorge- und Treueprinzip unvereinbar wäre, dürfte der Arbeitgeber das ganze Risiko einer gefahrgeneigten Arbeit auf den Arbeitnehmer abwälzen [3]. In beiden Fällen werden dem Arbeitnehmer die Folgen für Schäden, die er durch leichte Fahrlässigkeit verursacht hat, weitgehend vom Betrieb abgenommen. Nur daß der Schaden bei gefahrgeneigter Tätigkeit auf der Seite des Arbeitgebers entsteht, während er im Krankheitsfall auf der Seite des Arbeitnehmers erwächst. Eine Haftungsmilderung, die bei direkter Schädigung des Arbeitgebers eingeräumt wird, ist um so mehr gerechtfertigt bei bloßer Verletzung eigener Interessen des Arbeitnehmers [4].

In der Regelung des § 617 BGB ist nicht ohne weiteres eine Parallele zu der hier erörterten Verschuldensbeschränkung zu finden [5],

---

1) Darauf weisen RAG Urteil vom 29. Juli 1941, ARS 42/389 (394) und Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 44 Fußn. 32 hin.

2) Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 35 II 4
Nikisch I, 3. Aufl., § 27 V 4;
BAG Urteil vom 21. November 1958, AP Nr. 14 zu § 611 BGB "Haftung des Arbeitnehmers";
BGH Urteil vom 10. Januar 1955, E 16/111 (119, 120)

3) Hueck-Nipperdey I, a.a.O.
Nikisch I, a.a.O.

4) Das hebt Hueck, Lehrb. I, § 44 Fußn. 32 hervor.

5) Wie Fluhr, S. 37, und Scheip-Trieschmann, S. 43, meinen.

obwohl dies - nachdem der Ausschluß leichter Unvorsichtigkeit durch jahrzehntelange Interpretation zur Selbstverständlichkeit geworden ist - heute in gewisser Weise naheliegt. Die Vergünstigung des § 617 BGB sollte nach der Absicht des Gesetzgebers [1] wegen der Aufnahme des Arbeitnehmers in die häusliche Gemeinschaft ihm gerade abweichend von § 616 BGB auch bei leichter Fahrlässigkeit noch zugute kommen.

Die Ausschaltung der leichteren Verschuldensfälle läßt sich danach überzeugend auch ohne Aufstellung einer besonderen, den ganzen Verschuldensbegriff erfassenden Theorie begründen. Erkennt man den milderen Verschuldensmaßstab an, so ist damit schon ein wesentlicher Teil der für die Wissenschaft und Rechtsprechung bei der Anwendung des § 616 BGB bisher sich ergebenden Schwierigkeiten behoben [2]. Die Beschränkung des Lohnfortfalls auf vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachte Krankheiten bleibt allerdings solange ohne Rückgrat und feste Richtschnur, bis ein brauchbarer Bezugspunkt gefunden ist. Das soll jedoch an dieser Stelle noch offen bleiben.

2. Keine Verletzung einer Vertragspflicht allein durch schuldhafte Herbeiführung der Krankheit

Hat der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit verschuldet und deshalb keinen Anspruch aus § 616 BGB, dann hat er damit nach der bei weitem überwiegenden Ansicht im Schrift-

---

1) Vgl. die Äußerung von Enneccerus in der 2. Plenarberatung des Reichstages, Mugdan II, S. 1345

2) Auf die Herauslösung dieser Frage zur Beantwortung des ganzen Problems weist Gumpert, BB 1960/524 (526) hin.

tum [1] noch keinen schuldhaften Verstoß gegen die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis begangen und braucht dem Arbeitgeber deshalb für den Arbeitsausfall und dessen Folgen, sei es wegen teilweiser Unmöglichkeit der Leistung, sei es unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung, keinen Schadensersatz zu leisten. Der Normalfall der vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführten Erkrankung, wie sie im vorigen Abschnitt unter VI 1. dargestellt wurde, bedeutet keine Vertragsverletzung. Um einen den Ersatzanspruch auslösenden Pflichtverstoß zu bejahen, müssen noch besondere Umstände hinzutreten.

So liegt eine vorsätzliche Verletzung der Arbeitspflicht vor, wenn der Arbeitnehmer die Krankheit absichtlich verursacht, um an einem bestimmten Tag oder eine gewisse Zeit lang nicht arbeiten zu müssen oder um sich zum Beispiel einer ihm unangenehmen Dienstreise zu entziehen. Ebenso ist es bei bewußter Verursachung der Dienstunfähigkeit aus privaten Gründen (etwa um sich vor einem gefährlichen Amateurboxkampf zu "drücken"), wenn sich der Arbeitnehmer dabei über die Verletzung der Arbeitspflicht klar ist. Gleichfalls genügen würde ein Verhalten, bei dem er mit einer Erkrankung und dem entsprechenden Arbeitskraftausfall im Betrieb rechnet und dies billigend in Kauf nimmt (bedingter Vorsatz). Denkbar sind jedoch auch Fälle des bewußten Herbeiführens einer Krankheit, in denen der

---

1) Für die Vertreter der Lehre vom Verschulden gegen sich selbst vgl. Nikisch I, 3. Aufl., § 43 II (S. 614); für die Anhänger der Auffassung von der treuwidrigen Inanspruchnahme des Arbeitgebers vgl. Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 44 III 1 a cc

Arbeitnehmer bei seinem Handeln überhaupt nicht an sein Arbeitsverhältnis oder den Betrieb denkt, wie zum Beispiel ein Selbstmordversuch aus Liebeskummer [1] oder Selbstverstümmelung im Zustand starker Erregung. Dann entfällt eine vorsätzliche Pflichtverletzung und ein Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers, trotzdem braucht der Lohn nicht weiter gezahlt zu werden, da grob unverständiges Verhalten vorliegt.

Auch eine fahrlässige Arbeitspflichtverletzung durch Herbeiführen einer Erkrankung kann gelegentlich vorkommen. So etwa, wenn der Arbeitnehmer ausnahmsweise einmal bezüglich der Erledigung einer wichtigen Aufgabe auf die Interessen des Arbeitgebers Rücksicht nehmen muß und verpflichtet ist, in diesem besonderen Fall seine Gesundheit für ihn zu schonen [2]. Ein Beispiel dafür wäre, daß ein Angestellter mit dem Abschluß eines bedeutungsvollen und unaufschiebbaren Geschäfts betraut ist, über das er allein Bescheid weiß [3]. Zieht der Angestellte sich hier am Vortag des Geschäfts grob leichtfertig eine Erkrankung zu, so könnte ihm nicht nur der Lohn entzogen werden, er müßte überdies dem Arbeitgeber Schadensersatz leisten. Ähnlich wäre es, wenn ein durch Wissen, Können und Erfahrung besonders qualifizierter Facharbeiter bei der lange und kostspielig vorbereiteten Montage einer Maschine oder Werksanlage unentbehrlich ist und dann infolge groben Leichtsinns arbeitsunfähig wird.

Der Satz, daß der Arbeitnehmer grundsätzlich weder im Privatleben noch während des Dienstes

---

1) Schnorr von Carolsfeld, 2. Aufl., S. 212 erwähnt dies Beispiel.

2) Vgl. Nikisch I, § 43 II 1; Schelp-Trieschmann, S. 40

3) Diesen Fall nennt Nikisch, a.a.O.

die Vertragspflicht hat, Krankheiten zu vermeiden, findet auch in folgendem, häufiger sich ereignenden Fall Anwendung. Ein Kraftfahrer verursacht auf einer Dienstfahrt durch grob verkehrswidrige Fahrweise einen Unfall, bei dem er selbst schwer verletzt und der betriebseigene Wagen beschädigt wird. Er muß den Sachschaden gemäß den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über gefahrgeneigte Arbeit ersetzen, da er seine Arbeitspflicht, die sich im Straßenverkehr auch auf die Einhaltung der Verkehrsregeln erstreckt [1], grob fahrlässig verletzt hat und damit aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung ersatzpflichtig ist. Gleichzeitig braucht ihm der Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit keine Vergütung zu gewähren, denn er hat grob leichtfertig seine Erkrankung verursacht und deshalb schuldhaft im Sinne des § 616 BGB gehandelt. Hier trifft das Verschulden nach § 276 BGB mit dem des § 616 BGB zufällig zusammen. Dies bedeutet aber nicht, daß beide identisch sind. Das erste enthält den Vorwurf, die Arbeitsleistung nicht gehörig erbracht zu haben, das zweite mißbilligt die Vernachlässigung der eigenen Gesundheit. Das letztere zieht auch keine Ersatzpflicht nach sich. Der Arbeitnehmer braucht dem Arbeitgeber nicht den durch den längeren Arbeitsausfall entstehenden Schaden zu ersetzen, weil in Bezug auf seine Gesundheit eine Vertragspflicht nicht gegeben ist, die er bei der Verursachung des Unfalls hätte verletzen können.

Es ist hier besonders hervorzuheben, daß eine Vertragspflicht zur Gesunderhaltung auch

---

1) Vgl. BAG Urteil vom 28. Mai 1960, AP Nr. 19 zu § 611 BGB "Haftung des Arbeitnehmers", wonach die unbedingte Einhaltung der Verkehrsregeln zu den arbeitsvertraglichen Hauptpflichten gehört.

nicht während des Dienstes besteht. In der Literatur wird zwar davon gesprochen, daß der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer außerhalb des Betriebes kein anderes Verhalten als das jedes anderen Menschen erwarten dürfe [1], sowie daß der Arbeitnehmer nicht verpflichtet sei, sein Privatleben in den Dienst der Erhaltung der Arbeitskraft zu stellen [2]. Die vorliegende Untersuchung hat gleichfalls bisher vorwiegend den außerdienstlichen Lebensbereich des Arbeitnehmers in Betracht gezogen. Damit soll jedoch für das dienstliche Verhalten die abgelehnte Gesunderhaltungspflicht nicht anerkannt werden. Keine der geltenden Lohnfortzahlungsregelungen berücksichtigt, ob die Erkrankung bei der Arbeit oder außerhalb entstand. Dieser Unterschied ist bereits im vorigen Jahrhundert aufgegeben worden. An seine Stelle trat als den Fortzahlungsanspruch einschränkendes Merkmal das Verschulden. Sollen mit diesem Begriff einheitlich außerdienstliche und dienstliche Erkrankungen beurteilt werden, dann muß eine Gesunderhaltungspflicht auch bei den letzteren abgelehnt werden. Der Arbeitnehmer ist also während der Arbeitszeit nicht vertraglich verpflichtet, seine Gesundheit zu schonen. Zwar kann der Arbeitgeber - abgesehen von den Unfallverhütungsvorschriften - kraft seines Direktionsrechtes dem Arbeitnehmer Anweisungen erteilen, die dem Gesundheitsschutz dienen. Bei schuldhafter Verletzung solcher Anordnungen wäre der Arbeitnehmer dann zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Diese Ersatzpflicht würde sich aber nicht auf diejenigen Nachteile erstrekken, die der Betrieb - ohne Rücksicht auf etwaige

---

1) Nikisch I, § 43 II 1

2) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, 11.Aufl. Rdn. 13 zu § 616; Hueck-Nipperdey I, § 44 III 1 a cc 7.Aufl.

Lohnfortzahlung - durch den reinen Arbeitsausfall hat, denn das Direktionsrecht gibt dem Arbeitgeber keine Rechte an dem Körper oder der Gesundheit des Arbeitnehmers und kann diesen nicht zur Krankheitsvermeidung verpflichten. Allein der Arbeitnehmer ist Herr über seinen Körper und bestimmt, von Ausnahmen abgesehen, welche Handlungen oder Unterlassungen seiner Gesundheit abträglich sind oder nicht.

Die Rechtsprechung hat zu der Frage, ob allein die schuldhafte Erkrankung schon eine Ersatzpflicht des Arbeitnehmers auslöst, noch keine Stellung genommen, dürfte ihr aber, soweit sie die Lehre vom Verschulden gegen sich selbst oder die von der treuwidrigen Inanspruchnahme des Arbeitgebers anerkennt, ablehnend gegenüberstehen. Die Ablehnung einer solchen Verbindlichkeit wird auch allein der Interessenlage im Arbeitsverhältnis gerecht.

Da der dem Arbeitgeber aus dem Fehlen der Arbeitskraft erwachsende Nachteil je nach der betrieblichen Organisation und der Stellung des Arbeitnehmers in ihr im Einzelfall sehr groß sein kann, wäre dessen Belastung mit einer entsprechenden Ersatzpflicht eine zu scharfe Sanktion für verschuldete Arbeitsunfähigkeit. Insbesondere wäre der Unterschied zwischen unverschuldeter und verschuldeter Dienstunfähigkeit zu kraß. Im letzteren Fall würde dem Arbeitnehmer zu einer Zeit, wo er wegen der Erkrankung auf den Lohn zur Unterhaltung seiner selbst und seiner Familie am dringendsten angewiesen ist, nicht nur das Entgelt entzogen, sondern obendrein eine Ersatzpflicht auferlegt werden, die er in der Regel erst mit Mitteln aus einem späteren Arbeitsverdienst erfüllen könnte.

Man muß sich vor Augen halten, daß das den Gläubiger schützende, den Vertrag sichernde und der Schadensausgleichung dienende Alles-oder-Nichts-Prinzip des § 325 BGB im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlung bei Krankheit eine erhebliche Verschärfung erfährt. Zwar muß in beiden Fällen der schuldhaft die Unmöglichkeit der Leistung bzw. das Unvermögen dazu herbeiführende Schuldner sowohl den eigenen Leistungsverlust als auch den dadurch beim Gläubiger entstehenden Schaden tragen, aber § 325 BGB geht von der Selbstverantwortung beider Vertragsteile für Zufallsschäden innerhalb der eigenen Rechtssphäre aus. Diese Eigenverantwortung wird dem Arbeitnehmer für alle in seinen persönlichen Verhältnissen begründeten Dienstverhinderungen durch § 616 BGB gerade abgenommen. § 325 BGB enthält also im Hinblick auf § 616 BGB für den Arbeitnehmer eine doppelte Sanktion. Berücksichtigt man ferner die meist mit persönlichen Beschwernissen verbundene Zeit der Krankheit, dann wäre es unbillig, schon bei verschuldeter Erkrankung dem Arbeitnehmer die Vergütung zu entziehen und ihn dem Arbeitgeber gegenüber ersatzpflichtig zu machen.

Die Interessen des Arbeitgebers werden durch die "einfache" Sanktion des Lohnausfalles meist ausreichend gewahrt. Sie ist für den Arbeitnehmer schon scharf genug, um ihn von grob leichtfertigen Gesundheitsgefährdungen und -schädigungen abzuhalten. Soweit die Belange des Arbeitgebers durch die Folgen des Arbeitsausfalles - ganz abgesehen von der Verpflichtung zur Lohnfortzahlung - beeinträchtigt werden, kann das grundsätzlich nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Hier gilt gerade der Satz, daß der Arbeitgeber gelegentliche kurz-

fristige Arbeitsverhinderungen mit einkalkulieren muß. Bloß verschuldete Krankheit reicht billigerweise noch nicht aus, damit er die aus dem Leistungsmangel herrührenden Folgen auf den Arbeitnehmer abwälzen kann. Solche betrieblichen Nachteile gehören zum Unternehmerrisiko.

Die Ablehnung der Ersatzpflicht wird auch einem Bedürfnis der Praxis gerecht, die eine Abstufung der Rechtsfolgen verlangt je nach dem Grad der Mißbilligung, die das Verhalten des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der gesamten vertraglichen Beziehungen zwischen ihm und dem Arbeitgeber erfährt. Es ist durchaus gerechtfertigt und zweckmäßig, bei - vom Standpunkt des Arbeitgebers her gesehen - geringer zu bewertendem Fehlverhalten des Arbeitnehmers, nämlich grob fahrlässiger Handlungsweise im Sinne des obigen Abschnitts VI 1, dem Erkrankten lediglich die Fürsorge des Arbeitgebers zu entziehen, und bei einem die betrieblichen Belange stark verletzendem Tun oder Unterlassen, wie es oben (S. 78 ff.) geschildert wurde, ihm eine Ersatzpflicht aufzuerlegen.

Gegen die Gleichsetzung verschuldeter Krankheit mit einer Verletzung der Arbeitsvertragspflichten spricht noch eine andere Überlegung. Selbst wenn man von direktem oder indirektem Zwang (Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruch) absieht, darf die Rechtsordnung nicht mit ihrer ganzen Autorität und ihrem Anspruch auf unbedingten Gehorsam [1] den Arbeitnehmer im Interesse des

---

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Bd. I, 15. Aufl., § 31 II, die die Rechtsnormen als Gebote charakterisieren, die schlechthin verpflichten sollen. Sie führen, Fußn. 12 a.a.O., aus, daß die Tendenz des Rechts in erster Linie dahin gehe, durch den Befehl direkt zu wirken. Nur nötigenfalls greife Zwang ein. Jede Rechtspflicht hat also unabhängig von ihrer Sanktion ein eigenes Gewicht und eigene Bedeutung.

Arbeitgebers für verpflichtet erklären, seine Gesundheit zu schonen und mit seinem Körper in bestimmter Weise zu verfahren. Der Arbeitnehmer stellt zwar durch den Arbeitsvertrag seine Person in gewissem Umfang dem Betrieb zur Verfügung und übernimmt damit eine Reihe von Pflichten, die, wie besonders die Gehorsamspflicht, tief in seinen persönlichen Lebens- und Rechtskreis hineinwirken. Diese Pflichten müssen aber grundsätzlich an dem eigenen Körper und der Frage, durch welche Lebensweise man Krankheiten, Verletzungen und Unfälle verhüten kann, eine Schranke finden. Andernfalls würde sich der Arbeitnehmer völlig in die Hand des Arbeitgebers geben und sich dessen Kontrolle ausliefern. Er würde dann diesem nicht nur seine Arbeitskraft und damit einen Teil, sondern nahezu seine gesamte Person zur Verfügung stellen. Man könnte nicht mehr von einem A r b e i t svertrag sprechen, sondern praktisch von einem Vertrag, durch den eine Person einem Betrieb überlassen wird. Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer nicht die verbindliche Anweisung geben, zum Beispiel einen bestimmten Sport nicht auszuüben, über eine gewisse Menge Alkohol hinaus nicht zu trinken, sich in bestimmter Weise gegen Erkältungen zu schützen oder ähnliches. Durch Einzelvereinbarung könnte derartiges festgelegt werden (z.B. bei einem Sänger, einer Filmschauspielerin oder einem Mannequin). Im normalen Arbeitsvertrag ist für solche Rechtspflichten aber kein Raum. Da sich die Gerichte schließlich zu Recht dagegen sträuben würden, das Privatleben des Arbeitnehmers unter ein rechtliches Gebot der Gesunderhaltung im Interesse des Arbeitgebers zu stellen, würde verschuldete Krankheit in den seltensten Fällen

bejaht und damit die Wirksamkeit des Verschuldenskriteriums als Korrektiv der Entgeltfortgewährung weitgehend beseitigt werden. Damit käme man, auch unabhängig von der Schadensersatzsanktion, zu den gleichen Schwierigkeiten wie bei der Lotmarschen Auffassung.

Das Arbeitsrecht kennt auch keine Erholungspflicht des Arbeitnehmers im Urlaub [1], sondern nur das Verbot, eine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit auszuüben (§ 8 BUrlG). Ebensowenig ist der Arbeitnehmer an den gesetzlichen Feiertagen verpflichtet, seine Freizeit entsprechend dem Sinn und Zweck des jeweiligen Feiertages zu verbringen oder sich etwa auszuruhen.

### 3. Starker Druck durch Androhung des Lohnentzuges

Obwohl eine Rechtspflicht zur Krankheitsverhütung nicht besteht und Schadensersatzsanktionen zur Durchsetzung einer solchen Pflicht fehlen, wird durch den Verschuldensbegriff dennoch ein starker Druck in dieser Richtung auf den Arbeitnehmer ausgeübt.

Der Ausfall der Vergütung bei verschuldeter Krankheit bedeutet eine schwere finanzielle Einbuße für den Arbeitnehmer. Es wird ihm die Grundlage seines Lebensunterhalts entzogen. Er kommt dadurch in Bedrängnis, denn im Regelfall laufen die ständigen Kosten für Wohnung, Verpflegung, Kleidung und den übrigen Haushalt, gegebenenfalls für seinen Ehegatten und seine Kinder während der Erkrankung weiter. Da er sich meist

---

1) Dersch-Neumann, 2. Aufl., Anm. 14 zu § 8 BUrlG; Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 49 Fußn. 67

für solche Notzeiten keine Ersparnisse zurückgelegt hat und ihm dies auch nicht immer zuzumuten ist, er vielmehr nicht selten noch Schulden für die Anschaffung der verschiedenartigsten Gegenstände hat, trifft ihn die Versagung des Verdienstanspruches empfindlich. Er wird sie als "Strafe" empfinden angesichts der Tatsache, daß er bei den weitaus meisten Erkrankungen, weil sie eben unverschuldet sind, mit der Lohnfortzahlung rechnen kann.

Die in der Versagung der Vergütung liegende Sanktion dient nicht nur den gesundheitlichen Belangen des Arbeitnehmers, sondern auch, und zwar überwiegend, dem Interesse des Arbeitgebers. Sie bewahrt diesen vor dem mit jedem Arbeitsausfall verbundenen - von der Zahlung oder Nichtzahlung des Entgelts unabhängigen - Schaden, wie dem mangels Ersatzkraft über den eigentlichen Leistungsausfall hinausreichenden betrieblichen Nachteil. Diesen Zwang im betrieblichen Interesse beachtet die Lehre vom Verschulden gegen sich selbst gar nicht oder kaum. Sie hält an der Vorstellung des § 254 BGB fest, daß der für den Gläubiger aus dem Mitverschulden sich ergebende Rechtsnachteil ihn allein zur besseren Wahrung der e i g e n e n Belange zwingt.

Eine Lösung der Verschuldensfrage muß den Fehler der Auffassung vom Verschulden gegen sich selbst vermeiden und einen Verschuldensbegriff, insbesondere einen Bezugspunkt finden, der den starken Druck auf den Arbeitnehmer, grob fahrlässige Herbeiführung von Krankheiten nicht nur im eigenen, sondern auch im Arbeitgeberinteresse zu verhüten, zum Ausdruck bringt.

4. Zusammenfassung

Bei Anerkennung der in den vorigen Abschnitten 1 bis 3 dargestellten Grundlagen, vor allem für den Ausschluß leichter Fahrlässigkeit aus dem Verschulden und für die Ablehnung einer Gleichsetzung zwischen verschuldeter Krankheit und Verletzung einer Vertragspflicht, kommt man zu dem Ergebnis, daß die Problematik des Verschuldensbegriffes heute allein noch in der Frage nach dessen Bezugspunkt liegt. Welchen Inhalt hat der bei verschuldeter Erkrankung dem Arbeitnehmer gemachte Vorwurf und auf die Außerachtlassung welcher Richtschnur zielt er?

## VII. Obliegenheit des Arbeitnehmers zur Vermeidung von Krankheiten

### 1. Notwendigkeit eines Bezugspunktes für das Verschulden

Ob man das Verschulden definiert als von der Rechtsordnung mißbilligte Willenshaltung eines Menschen in Bezug auf eine bestimmte Handlung beziehungsweise einen bestimmten Erfolg [1], oder ob man es als persönliche Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung versteht, das heißt als Werturteil der Rechtsordnung [2], es setzt in jedem Fall eine Norm voraus, deren zurechenbare Verletzung durch einen bestimmten Menschen in Frage steht. Das Verschulden gehört zu derjenigen Seite eines mißbilligten Verhaltens, die

---

1) So mit der älteren Lehre z.B. Staudinger-Werner, 11. Aufl., Vorbem. 62 vor § 275 BGB; Lehmann, AT, 12. Aufl., § 41 I 1

2) So die neuere Auffassung: Enneccerus-Nipperdey, II, 15. Aufl., § 213 I; Larenz, Lehrb. des Schuldrechts, I. Bd., 6. Aufl., § 19 I; v. Caemmerer, in "Hundert Jahre deutsches Rechtsleben", Bd. II, 1960, S. 49 (128)

sich auf die Person des Handelnden, auf den Menschen bezieht. Eine Mißbilligung kann sich immer nur auf die Außerachtlassung eines Ge- oder Verbots richten. Dieses ist notwendiger Bezugspunkt des Verschuldens. Ohne ihn ist es inhaltslos. Über die Art der außer acht gelassenen Richtschnur ist damit freilich noch nichts gesagt, auch nicht darüber, ob sie überhaupt eine Rechtspflicht oder etwa nur eine ethische Pflicht darstellt. Das BGB gebraucht zwar den Verschuldensbegriff meist im Zusammenhang mit Verstößen gegen eine Rechtspflicht, eine notwendige Verknüpfung mit einer solchen Pflicht besteht jedoch deswegen noch nicht, wie die Meinungsverschiedenheiten zu § 254 BGB und hierbei insbesondere Zitelmanns Annahme eines ethischen Verbots der Selbstschädigung zeigen.

Es soll im folgenden geprüft werden, welche zum Bereich der Rechtsordnung gehörige Norm Bezugspunkt des Verschuldensbegriffes bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sein könnte. Dabei bleiben die grundsätzlichen Probleme des zivilrechtlichen Verschuldens, vor allem der bei der unbewußten Fahrlässigkeit in jüngster Zeit erneut aufgelebte Streit darüber, ob der in § 276 Absatz 1 Satz 2 BGB aufgestellte Fahrlässigkeitsbegriff sich rein objektiv auf die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bezieht oder ob auch persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten des Schuldners mit zu berücksichtigen sind [1], außer Betracht. Welcher Ansicht man auch folgt, eine bestimmte Norm setzt das Verschulden als Bezugspunkt immer voraus. Da gerade dieser Bezugspunkt bei § 616 BGB Schwierigkeiten aufwirft, hilft die Beantwortung jener

---

1) Vgl. insbesondere Enneccerus-Nipperdey II, 15. Aufl., § 213 III 2 und § 211 I 3

grundsätzlichen Frage im Rahmen der Lohnfortzahlung nicht weiter.

2. Mögliche Bezugspunkte

a) Echte Vertragspflicht

Das System des BGB legt es nahe, das Verschulden des § 616 auf die Verletzung einer vertraglichen Pflicht zu beziehen. Jede echte Vertragspflicht ist geschützt durch einen Anspruch des Gläubigers gegen den säumigen Schuldner auf Erfüllung oder wo das, wie bei den meisten Nebenpflichten, nicht in Frage kommt, zumindest auf Schadensersatz. Im Notfall kann der Gläubiger durch Klage und Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner vorgehen. Trotz der Meinungsverschiedenheiten über das Wesen der Rechtspflicht, besonders hinsichtlich der Sanktion, werden die mit den genannten Merkmalen versehenen Pflichten allgemein als echte [1], gelegentlich auch als vollkommene Verbindlichkeiten bezeichnet [2]. Im Rahmen der Lohnfortzahlung bei Krankheit kommt eine mit Erfüllungszwang ausgestattete Norm, die sich ja nur direkt oder indirekt auf die Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit richten könnte, als Bezugspunkt von vornherein nicht in Frage. Eine mit Schadensersatzansprüchen bewehrte echte Haupt- oder Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis scheidet als Richtschnur für das Verschulden wegen der scharfen Sanktion aus, da deren Verknüpfung mit dem

---

1) So Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 3 II; Enneccerus-Nipperdey I, 15. Aufl., § 74 IV; Erman, 3. Aufl., Einl. 3 vor § 241 BGB

2) Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 3 II 1 sprechen von "vollkommenem Forderungsrecht"; Soergel-Siebert-Schmidt, 9. Aufl., Rdn. 6 vor § 241 von "Vollverbindlichkeit" und "vollkommener Verbindlichkeit"; Palandt-Danckelmann, 24. Aufl., Einl. 3 a vor § 241 von "vollkommener Schuld"; Esser, 2. Aufl., § 26, 1 und § 28, 3 von "Vollschuld".

Vergütungsentzug beim Normalfall der verschuldeten Krankheit, wie oben dargelegt, nicht zu rechtfertigen ist.

b) Unvollkommene Verbindlichkeit

Kommt eine vollwertige Vertragspflicht, wie sie sich Lotmar vorgestellt hat, als Bezugspunkt nicht in Betracht, so ist zu untersuchen, ob eine Rechtspflicht denkbar ist, für deren Verletzung nicht mit Schadensersatz gehaftet wird, und ob eine solche Pflicht Richtschnur des Verschuldens sein könnte.

Einig ist sich das Schrifttum darin, daß es in der Rechtsordnung Verbindlichkeiten gibt, denen zwar der Erfüllungszwang und die Schadensersatzsanktion fehlen, die aber dennoch ein echtes rechtliches Sollen für den Schuldner enthalten [1], wie z.B. die Ausfallforderung nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich (§ 82 Abs. 2 VerglO, § 193 KO). Manche sprechen hier von Schulden ohne Haftung [2], was nicht ganz korrekt ist, weil bei diesen Fällen bereits die Klage ausgeschlossen ist [3], im Gegensatz zu anderen Fällen, in denen zwar die Klage gegeben ist, nicht aber der Zugriff durch Zwangsvollstreckung (§ 888 Abs. 2 ZPO).

Völlig verschiedene Ansichten bestehen darüber, welche Tatbestände eine solche hinsichtlich des Schutzes gegen Verletzungen nicht vollwertige, aber trotzdem wirkliche Verpflichtung des Schuldners enthalten. Der Grund dafür ist,

---

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 3 II; Larenz, I, 6. Aufl., § 2 III, S. 14; Esser, 2. Aufl., § 58, 5; Blomeyer, 3. Aufl., § 2 V 2 c; Soergel-Siebert-Schmidt, 9. Aufl., Vorbem. 6 vor § 241 BGB; Erman, 3. Aufl., Einleitung 3 vor § 241; Palandt-Danckelmann, 22. Aufl., Einleitung 4 vor § 241

2) Blomeyer, a.a.O.

3) Darauf weisen zutreffend Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 3 Fußnote 3 hin.

daß die hier gekennzeichneten unvollkommenen Verbindlichkeiten unter die sogenannten Naturalobligationen fallen, bei denen die einheitliche Zusammenfassung der Fälle in dieser Gruppe, ihre Bezeichnung, der Kreis der dazugehörigen Tatbestände und schließlich die systematische Ordnung innerhalb dieser Gruppe umstritten sind. Einige rechnen alle Naturalobligationen zu den unvollkommenen Verbindlichkeiten, sowohl die Spielschuld auf der einen, wie die verjährte Forderung auf der anderen Seite [1]. Andere sehen in den Schulden aus Spiel, Wette und Differenzgeschäft lediglich einen - bei freiwilliger Erfüllung - den Erwerb rechtfertigenden Grund [2].

Einigkeit besteht jedoch bei einem Tatbestand. Die bereits erwähnte Ausfallforderung nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich wird von allen als wirkliche, dem Schuldner ein echtes Rechtsgebot auferlegende Verbindlichkeit anerkannt [3], zumindest solange und soweit Sicherheiten für die Forderung bestehen [4]. Diese Auf-

---

1) So Palandt-Danckelmann, a.a.O., Einleitung 4 vor § 241; Erman, a.a.O., Einleitung 3 vor § 241 BGB, der zwar zwischen den infolge Einrede nicht mehr durchsetzbaren und den übrigen Forderungen unterscheidet, aber alle zu den echten Verbindlichkeiten zählt.

2) So zum Beispiel Enneccerus-Lehmann, a.a.O.; Larenz, a.a.O.; Soergel-Siebert-Schmidt, a.a.O.

3) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 3 II 1 c ß; Blomeyer, a.a.O.; Larenz, a.a.O.; Erman, a.a.O.; Palandt-Danckelmann, a.a.O. und jetzt auch Schmidt bei Soergel-Siebert, a.a.O.; anders derselbe noch in Obliegenheiten, 1953, S. 46, wo er auch in der Ausfallforderung nur einen Erwerbsrechtfertigungsgrund sieht, der aus technischen, konstruktiven Gründen in das Gewand einer Schuld gekleidet worden sei.

4) Nur für diesen Fall will Esser, a.a.O., die Ausfallforderung als echte Schuld anerkennen und im übrigen nur einen Erwerbsgrund in ihr sehen; ähnlich Bley, 2. Aufl., Anm. 16 zu § 82 VerglO.

fassung wird den §§ 82 Absatz 2 VerglO, 193 KO entnommen, die bestimmen, daß die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Schuldners sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Mibiliarpfandrecht oder Grundpfandrecht durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden, das heißt jeder Gläubiger kann wegen des dem Schuldner erlassenen Teils seiner Forderung sich immer noch aus den für sie bestehenden Sicherheiten befriedigen. Da sowohl die Haftung des Bürgen und Mitschuldners wie die des Pfandes begrifflich eine Forderung voraussetzen, muß also die eigentliche Verbindlichkeit fortbestehen, wenngleich sie mit geringeren Wirkungen ausgestattet ist [1] als die normale, die vollkommene Forderung. Das weiterbestehende rechtsverbindliche Leistungsgebot an den Schuldner ergibt sich damit zwingend aus dem Wortlaut der §§ 82 Abs. 2 VerglO und 193 KO sowie den Begriffen des Bürgen, Mitschuldners und des Pfandrechts.

Aus dem Tatbestand der Lohnfortzahlung folgt jedoch nicht, daß der Bezugspunkt des Verschuldens eine solche Rechtspflicht sein müßte, der Wissenschaft und Rechtsprechung im Wege der Auslegung die Schadensersatzsanktion genommen haben. Weder zwingt der Verschuldensbegriff zur Annahme einer Rechtspflicht noch enthält der Tatbestand des § 616 BGB sonst Anhaltspunkte für deren Vorhandensein. Die Rechtsordnung darf auch nicht, wie oben (S. 84 f) dargelegt, mit der ganzen Macht ihrer Autorität, die hinter jeder echten Pflicht steht, den Arbeitnehmer zur Krankheitsvermeidung im Interesse des Arbeitgebers verpflichten.

Darüber hinaus trifft das Institut der unvollkommenen Verbindlichkeit, wenn man es als

---

1) Soergel-Siebert-Schmidt, a.a.O., sprechen von Verbindlichkeit mit minderer Wirkung.

solches bezeichnen darf, den Fall des § 616 BGB deshalb nicht, weil der Arbeitnehmer bei Vorliegen des Verschuldens zwar - wie heute anerkannt - keiner Schadensersatzpflicht ausgesetzt ist, aber er verliert doch immerhin seinen Lohnanspruch für die Zeit der Verhinderung, was gleichfalls eine fühlbare Reaktion der Rechtsordnung auf sein schuldhaftes Verhalten bedeutet.

Die unvollkommene Verbindlichkeit scheidet daher als brauchbarer Bezugspunkt für den Verschuldensbegriff bei der Lohnfortzahlung wegen Krankheit aus.

c) Obliegenheit

Eine neuere im wesentlichen auf eine Arbeit Reimer Schmidts [1] zurückgehende Ansicht unterscheidet außerhalb der vollen Rechtspflichten mit uneingeschränktem Schutz gegen Verletzung und neben den unvollkommenen Verbindlichkeiten noch die Gruppe der Obliegenheiten, ein dem Privatversicherungsrecht (§ 6 VVG) entnommener Begriff. Das sind Gebote minderer Zwangsitensität, die dort angenommen werden, wo die Rechtsordnung an ein bestimmtes Verhalten eines an einem Schuldverhältnis Beteiligten einen Rechtsnachteil knüpft, der weder Erfüllungszwang ist noch in einem Schadensersatzanspruch besteht, wie zum Beispiel der Verlust eines Rechtes oder die Verhinderung der Entstehung eines Anspruches. Es sind Pflichten geringeren Grades, die dem "Belasteten" nicht nur im Interesse des anderen Teils, sondern auch im eigenen Interesse auferlegt werden. Hauptbeispiele für derartige, gelegentlich als rechtliches Geratensein bezeichnete

1) Die Obliegenheiten, 1953; derselbe in Soergel-Siebert, 9. Aufl., Rdn. 7 vor § 241 BGB

Normen sind die sogenannte Schadensfernhaltungs- und Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB, die Mitwirkungspflichten des Gläubigers bei der Erfüllung (Annahmeverzug) und die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 Abs. 1 HGB [1]. Besonders gesetzlich geregelt sind die Obliegenheiten des Privatversicherungsrechtes (z.B. § 6 VVG).

Der Rechtsbegriff der Obliegenheiten als Kennzeichnung einer Gruppe von Pflichten minderer Zwangsintensität hat sich über den Bereich des Privatversicherungsrechtes hinaus im Schuldrecht allgemein als durchaus praktisch erwiesen und ist von einem großen Teil der Literatur, sei es generell [2], sei es in Bezug auf einzelne Tatbestände [3], anerkannt worden.

Voraussetzung einer Obliegenheit ist dreierlei. Der zur Einhaltung des Gebots angedrohte Rechtsnachteil darf nicht in Erfüllungszwang oder in einer Schadensersatzverpflichtung bestehen. Es muß eine "gespaltene Interesenlage" gegeben sein, das heißt, das erstrebte Verhalten muß im Interesse beider Teile liegen. Schließlich

---

1) Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 3 II 2; R. Schmidt, Obliegenheiten, S. 105 ff, 146 ff, 187 ff

2) So Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 3 II 2; Enneccerus-Nipperdey I, 15. Aufl., § 74 IV und Bd. II, § 213 V; Ballerstedt, ZHR 121/78 (80, 83).
Gegen den Begriff der Obliegenheiten wendet sich Esser, 2. Aufl., § 28, 5.

3) Im Zusammenhang mit § 254 BGB sprechen von Obliegenheit: BGB-RGRK-Nastelski, 11. Aufl., Anm. 59 zu § 254; Larenz I, 7. Aufl., S. 177 Fußn. 1 und S. 183; Blomeyer, 3. Aufl., § 32 III 6 a; Palandt-Danckelmann, 22. Aufl., Anm. 2 a zu § 254; Achilles-Greiff-Kiekebusch, 20. Aufl., Anm. 1 zu § 254

kann eine derartige "Pflicht" im beiderseitigen Interesse nur in solchen Tatbeständen gesehen werden, in denen nach Gesetzeszweck und Interessenlage ein bestimmtes Handeln des Betroffenen zum Ausgleich der Interessen erforderlich ist [1].

Im folgenden ist zu untersuchen, ob das Rechtsinstitut der Obliegenheit als Bezugspunkt für den Verschuldensbegriff bei der Lohnfortzahlung wegen Krankheit verwendet werden kann.

3. Verwendung des Obliegenheitsbegriffes zur Lösung der Verschuldensproblematik bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

a) Bloßer Anspruchsverlust bei verschuldeter Erkrankung

§ 616 BGB verbindet mit der schuldhaft herbeigeführten Krankheit den Nachteil, daß der an sich trotz Arbeitsausfalls fortbestehende Vergütungsanspruch entfällt. Der Arbeitnehmer wird damit zu dem gegenteiligen Verhalten, der Vermeidung von Erkrankungen, die ihn an der Dienstleistung hindern, genötigt. Da der Nachteil nicht in einer Schadensersatzverpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber besteht, sondern in dem Verlust eines Anspruchs des Arbeitnehmers, wäre die erste Voraussetzung für die Anwendung des Obliegenheitsbegriffes gegeben.

b) Gespaltene Interessenlage

Weiteres Erfordernis ist das Vorliegen einer gespaltenen Interessenlage, das heißt das dem Obliegenheitsbelasteten abgenötigte Tun oder Lassen muß sowohl seinen eigenen Belangen als

---

1) Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 3 II

auch denen des anderen Teils dienen.

Bei der Prüfung dieser Frage sind diejenigen Vorteile und Nachteile außer Betracht zu lassen, die das Gesetz als Rechtsfolgen des Verhaltensverstoßes selbst anordnet. Das sind der Lohnausfall auf der einen und die Befreiung von der Vergütungspflicht auf der anderen Seite. Man muß sich also die Lohnfortzahlungsregelung ohne Beschränkung durch das Verschuldenskriterium vorstellen und fragen, wie in diesem Fall die Interessen der Beteiligten durch eine mit Dienstunfähigkeit verbundene vorübergehende Krankheit des Arbeitnehmers beeinträchtigt werden.

Die Erkrankung trifft zunächst den Arbeitnehmer. Sie schädigt seine Gesundheit und beeinträchtigt dadurch seine Interessen schwer. Insofern trifft die auf den Grundgedanken des § 254 BGB zurückgehende Theorie vom Verschulden gegen sich selbst das Richtige.

Das alles gilt selbstverständlich nur für die wirkliche physische oder psychische Unfähigkeit zur Dienstleistung, nicht für die Simulation, deren Problematik für das praktische Arbeitsleben soll hier im Rahmen der Verschuldensfrage außer Betracht bleiben.

Der Arbeitgeber erleidet durch die Erkrankung des Arbeitnehmers einen Ausfall an Arbeitskraft, den er mit Rücksicht auf die Entgeltfortgewährung selbst tragen muß. Da die vom Arbeitnehmer zu erbringende Arbeit nicht isoliert im Betrieb steht, sondern zusammen mit anderen Arbeitsleistungen, die auf ihr aufbauen, von ihr abhängen oder sonst mit ihr verbunden sind, in eine Organisation eingegliedert ist, führt ihr Fehlen zu einer Störung des organisierten Arbeitsablaufes, die je nach den Aufgaben des

erkrankten Arbeitnehmers und nach der Einrichtung des Unternehmens eine geringere oder stärkere Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers hervorruft. Der Arbeitgeber kann, um dem zu begegnen, zum Beispiel die Arbeit vorübergehend anders verteilen, Ersatzkräfte einstellen, die er häufig nur mit Schwierigkeiten findet, die nicht immer sofort einspringen können und denen meist Betriebserfahrung fehlt. Eine mindestens kurzfristige Störung wird regelmäßig eintreten. Dem Arbeitgeber geht überdies der Mehrwert der nicht erbrachten Arbeitsleistung verloren, das heißt die Differenz zwischen dem Lohn und dem tatsächlichen Wert der Dienstleistung für den Betrieb. Das gilt allerdings nur insoweit, als die von dem kranken Arbeitnehmer zu erbringende Leistung dem Arbeitgeber wirklich verloren geht, also seine Arbeit weder teilweise noch ganz durch Kollegen oder einen Ersatzmann übernommen wird. Machen die gesunden übrigen Arbeitnehmer den Arbeitskraftausfall ohne zusätzliche Unkosten wett, dann entsteht für den Arbeitgeber gar kein Schaden. Stellt er einen Ersatzmann mit gleicher Leistungsfähigkeit ein, so besteht die betriebliche Einbuße lediglich in den Lohnaufwendungen für diesen. Schließlich schädigt der in Zeiten der Vollbeschäftigung und guter Sicherstellung des Arbeitnehmers für den Krankheitsfall mitunter recht hohe Krankenstand den Betrieb, ganz abgesehen von der finanziellen Belastung, erheblich.

Die vorübergehende Erkrankung beeinträchtigt daher sowohl die Interessen des Arbeitgebers wie die des Arbeitnehmers. Die überwiegende Benachteiligung muß dabei der erstere in Kauf nehmen. Das beruht jedoch nicht darauf, daß die Gesundheit des Arbeitnehmers geringer

bewertet wird, als die rein wirtschaftlichen und finanziellen Belange des Arbeitgebers. Vielmehr geht es bei der Lohnfortzahlung nicht so sehr um die Krankheit und die damit verbundenen Beschwernisse als solche, sondern um die dadurch hervorgerufene Arbeitsunfähigkeit. Diese entsteht zwar zuerst in der Sphäre des Arbeitnehmers, trifft den Arbeitgeber jedoch wegen der normalerweise damit verknüpften Vergütungsfortgewährung härter als jenen.

c) Der Gesetzeszweck des § 616 Abs. 1 BGB

Zur Annahme einer Obliegenheit muß schließlich aus dem Gesetzeszweck ein, wenngleich weniger intensives, rechtliches Sollen des Belasteten hervorgehen [1].

Der Verschuldensbegriff war ursprünglich als Einschränkung für die humane Wohltat der Entgeltfortgewährung gedacht und sollte den Arbeitgeber vor unbilliger Belastung mit den Folgen einer Krankheit des Arbeitnehmers schützen. Gegenüber dieser Betrachtungsweise vom betrieblichen Standpunkt aus trat die den Arbeitnehmer treffende Nötigung, Krankheiten um des Weiterbezuges der Vergütung willen zu vermeiden, zurück. Nachdem sich die Lohnfortzahlung für vorübergehende Dienstunfähigkeit allgemein durchgesetzt hatte und zum selbstverständlichen Teil des Arbeitsverhältnisses geworden war, ist der mit der Lohnversagung verbundene Druck stärker hervorgetreten. Vorhanden war er immer, nur unbeachtet. Angesichts der von der Verschuldensfrage abhängigen harten Sanktion des Lohnverlustes ist es auch

---

1) Soergel-Sieber-Schmidt, 9. Aufl., Rdn. 7 vor § 241 BGB, sprechen von einer Situation des rechtlichen Geratenseins; Enneccerus-Nipperdey, II, § 213 V, sprechen von Erwartung.

zutreffend, statt der - weiterhin bestehenden - Einschränkung des Fortzahlungsanspruches durch den Verschuldensbegriff, den in diesem enthaltenen Druck auf den Arbeitnehmer in den Vordergrund zu stellen.

Unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers enthält das Inaussichtstellen der Lohnversagung im Tatbestand des § 616 BGB, gewissermaßen als Ausgleich für die Entgeltfortzahlungspflicht, das an den Arbeitnehmer gerichtete Gebot minderer Intensität, Krankheiten zu vermeiden. Auch das Wort "Verschulden" selbst weist auf die Mißbilligung des damit gekennzeichneten Verhaltens hin und damit auf die Verletzung einer rechtlichen Verhaltensnorm, mag deren gebietende Kraft auch geringer sein als die einer echten Rechtspflicht.

Ist der Arbeitgeber zur Fürsorge für den vorübergehend dienstunfähigen Arbeitnehmer verpflichtet, dann ist dieser zum Ausgleich dafür gehalten, sowohl innerhalb wie außerhalb des Dienstes auch in seiner höchstpersönlichen, den eigenen Körper und die Gesundheit betreffenden Sphäre wenigstens etwas die Belange des Arbeitgebers zu berücksichtigen und sich in diesem Bereich Zügel anzulegen, die ihm im liberalistischen neunzehnten Jahrhundert allein der Selbsterhaltungstrieb aufzwang.

Der Interessenausgleich im Arbeitsverhältnis fordert, den Arbeitnehmer von Rechts wegen zur Vermeidung von Krankheiten anzuhalten, statt in dem Verschuldensmerkmal lediglich die Umschreibung eines Gefahrumstandes zu sehen, der allein in den Risikobereich des Arbeitnehmers fällt.

Damit sind die Voraussetzungen des Obliegenheitsbegriffes im Falle des Lohnverlustes bei ver-

schuldeter Krankheit erfüllt: an ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers werden Nachteile geknüpft, das erstrebte gegenteilige Tun oder Unterlassen liegt im Interesse beider Teile des Arbeitsverhältnisses und entspricht als minderes rechtliches Gebot dem Gesetzeszweck und der Interessenlage des § 616 Absatz 1 BGB. Dieser Vorschrift kann daher die Obliegenheit des Arbeitnehmers entnommen werden, Erkrankungen, soweit sie mit Arbeitsunfähigkeit verbunden sind, zu vermeiden.

d) Die Obliegenheit als Bezugspunkt wird dem Verschuldensbegriff besser gerecht als die Ansatzpunkte der bisherigen Lösungen

Die Obliegenheit zur Vermeidung von Dienstunfähigkeit stellt keine übertriebenen Anforderungen an den Arbeitnehmer in bezug auf sein Privatleben und sein höchstpersönliches Rechtsgut, seinen Körper, denn sie ist keine echte Rechtspflicht. Ihr fehlt im Gegensatz zu der Lotmarschen Auffassung als Sanktion die Schadensersatzverpflichtung für den Verletzungsfall, und sie enthält auch nicht, wie die sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten, ein echtes rechtliches Sollen, einen Rechtsbefehl. Das Recht verlangt nicht schlechthin[1] und mit aller Strenge die Verhinderung von Erkrankungen und greift deshalb nicht unzulässig in die Privatsphäre des Arbeitnehmers ein. Vielmehr rät es diesem ein solches Verhalten nur an, das freilich dringend und unter Ankündigung von rechtlichen Nach-

1) So grenzt Nipperdey das Recht unter Weglassung des Zwangsmomentes von der Moral ab, Enneccerus-Nipperdey I, 15. Aufl., § 31 I 1 und II letzter Absatz.

teilen für die Vornahme der mißbilligten Handlungen oder Unterlassungen. Bedenkt man, daß die gekennzeichnete Pflicht minderer Intensität entsprechend der oben (S. 70 ff) dargestellten allgemeinen Meinung in Wissenschaft und Rechtsprechung nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung den Vergütungsverlust herbeiführt, dann wird dem Arbeitnehmer nicht zuviel zugemutet. Er braucht nicht sein Privatleben in den Dienst des Arbeitgebers zu stellen, was mit Recht immer abgelehnt wurde. Er soll jedoch bis zu einem gewissen Grade die betrieblichen Belange berücksichtigen, sofern er nicht einen Lohnausfall in Kauf nehmen will.

Mag die hier vorgeschlagene Anerkennung einer Obliegenheit zur Krankheitsvermeidung etwas streng klingen im Vergleich mit der bislang noch weit verbreiteten Lehre vom Verschulden gegen sich selbst, so gibt sie doch nur wieder, welcher Rechtslage sich der in abhängiger Stellung Arbeitende tatsächlich gegenübersieht, wenn er sowohl dem Gesetz, wie es von der Rechtsprechung und Wissenschaft ausgelegt wird, als auch den Bedürfnissen des praktischen Lebens gerecht werden will.

Die Annahme einer Obliegenheit als Bezugspunkt für das Verschulden bedeutet nicht eine bloße Modifizierung der Theorie vom Verschulden gegen sich selbst beziehungsweise deren Anpassung an die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Problematik des § 254 BGB. Zwar wird dieser Tatbestand meist als Hauptbeispiel für eine Obliegenheit genannt [1], aber sie darf nicht mit ihm identifiziert werden. Trotz der allen Obliegen-

1) R. Schmidt, Obliegenheiten, S. 105 ff; Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 3 II; Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 74 IV

heiten gemeinsamen gespaltenen Interessenlage unterscheiden sie sich untereinander nach dem Grad, in dem die Belange des Begünstigten berührt werden. In welchem Maße die abgeschwächte Pflicht dem anderen Teil des Schuldverhältnisses dient, hängt ganz von dem einzelnen Tatbestand und der Beurteilung des ihm zugrunde liegenden Interessenkonflikts ab.

Die Obliegenheit zur Fernhaltung von Schäden in § 254 Absatz 1 BGB bezweckt nur zu einem kleinen Teil den Schutz des Schädigers. Sie will ihn, da ein Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten noch nicht besteht oder jedenfalls noch nicht zu bestehen braucht, lediglich vor späterer Inanspruchnahme für denjenigen Schadensteil bewahren, den der Geschädigte selbst verschuldet hat. Der in solchem Verlangen liegende Eingriff in den Rechtskreis des Schädigers [1] soll verhindert werden. Im Fall des § 254 Absatz 2 BGB liegt zwar ein Schuldverhältnis immer vor, mindestens das aus einer Eingriffshandlung hervorgegangene, aber es dient nur dem Ausgleich des durch die Verletzung entstandenen und noch entstehenden Schadens. Die Obliegenheit des § 254 Absatz 2 BGB bezweckt letztlich auch nur den Schutz des Schädigers vor ungerechtfertigtem Ersatzverlangen des Geschädigten, wenngleich hier das Pflichtmoment stärker ist.

Anders liegt es bei der Erkrankung des Arbeitnehmers. Hier sind die Beteiligten von vornherein durch das Arbeitsverhältnis miteinander verbunden. Der Arbeitgeber vertraut auf die Erbringung der Arbeitsleistung und richtet seinen Betrieb entsprechend ein. Durch die vorübergehende Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers wird das

---

1) R. Schmidt, a.a.O., S. 106 oben

Vertragsverhältnis empfindlich gestört. Der Ausfall der Arbeitskraft beeinträchtigt die Interessen des aus der Obliegenheit Begünstigten [1], nämlich des Arbeitgebers, um ein Vielfaches stärker, als dies bei § 254 BGB der Fall ist. Die Außerachtlassung dieses Unterschiedes in der Interessensituation zwischen § 616 und § 254 BGB ist es auch, die in der Auffassung vom Verschulden gegen sich selbst nicht befriedigt.

Entsprechend der unterschiedlichen Stärke, mit der der Belastete in den Rechtsbereich des Begünstigten eindringt, sind auch die Sanktionen verschieden. Durch die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens werden in erster Linie überhöhte Ansprüche abgewehrt oder reduziert und dem Geschädigten Einbußen zugemutet, die er normalerweise sowieso tragen muß. Das sind die Folgen eines Verhaltens, das dem eines verständigen Menschen widerspricht und mit dem man sich selbst schädigt. Bei verschuldeter Arbeitsunfähigkeit wird dem Arbeitnehmer dagegen der gewöhnliche und von ihm als selbstverständlich erwartete Schutz gegen vorübergehenden Arbeitskraftausfall genommen. Während letzteren normalerweise der Arbeitgeber trägt, muß ihn der Arbeitnehmer jetzt selbst auf sich nehmen und zusehen, wie er ohne Lohn auskommt.

Die Obliegenheit zur Vermeidung von Erkrankungen hat deshalb einen erheblich höheren Pflichtgehalt - im Hinblick auf den anderen Vertragsteil - als die Obliegenheit zur Schadensfernhaltung und Schadenminderung nach § 254 BGB.

Die vorgeschlagene Obliegenheit läßt den Arbeitnehmer nicht in dem Glauben, es handele

---

1) R. Schmidt, Obliegenheiten, S. 317 ff spricht von Obliegenheitsberechtigtem.

sich bei Erkrankungen um Angelegenheiten, die ausschließlich ihn selbst etwas angingen und sein Privatleben beträfen. Sie stellt klar, daß er gleichsam als Gegenleistung für die Fürsorge des Arbeitgebers im Krankheitsfall die Obliegenheit übernommen hat, weder vorsätzlich noch grob fahrlässig seine Dienstunfähigkeit zu verursachen. Mit einem Bezugspunkt, der sowohl die Belange des Arbeitgebers wie die des Arbeitnehmers berücksichtigt, gliedert sie den Verschuldensbegriff wieder in das Arbeitsverhältnis ein. Sie räumt damit den Hauptnachteil der Lehre vom Verschulden gegen sich selbst aus, ohne zu den Unzuträglichkeiten der Lotmarschen Ansicht zurückzukehren.

Gegenüber der neueren, besonders von A. Hueck und Nipperdey vertretenen Auffassung, ein Verschulden im Sinne des § 616 BGB liege vor, wenn das Vergütungsverlangen des Arbeitnehmers mit Rücksicht auf sein die Krankheit verursachendes Verhalten eine Treupflichtverletzung darstelle, hat die Obliegenheit den Vorzug, das vom Arbeitnehmer verlangte Handeln klarer und konkreter zu formulieren. Sie fordert nicht die schwierige Prüfung der Frage, wann die Treuepflicht verletzt ist, sondern besagt nur, daß der Arbeitnehmer weder vorsätzlich noch grobfahrlässig eine Erkrankung herbeiführen soll. Außerdem vermeidet sie es, das Lohnfortzahlungsbegehren zum Ausgangspunkt der Verschuldensbewertung zu machen. Den Arbeitnehmer interessiert nicht nur, wie der Richter später (ex post) das Vergütungsverlangen beurteilt, sondern in erster Linie, wie er sein Verhalten einrichten muß, um sich die Fürsorge des Arbeitgebers nicht zu verscherzen. Die Richtschnur der

Vermeidung von Erkrankungen hilft dem Arbeitnehmer als Maßstab für sein praktisches Handeln weiter als der Begriff der Treuwidrigkeit.

Allerdings ist auch sie noch sehr abstrakt, und es kann die Lösung eines Einzelfalles aus ihr nicht ohne weiteres abgelesen werden. Sie vermag aber der Auslegung des Verschuldensbegriffes eine andere Richtung zu geben in dem Sinne einer stärkeren Beachtung der Interessen des Arbeitgebers und einer Klarstellung dessen, was auf Grund des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitnehmer im Hinblick auf seine Gesundheit erwartet wird. Insofern enthält sie zum Teil nur eine Anpassung der Verhaltensregeln bei Krankheit an die wirkliche Lage.

Es ist daher folgende Obliegenheit als Bezugspunkt des Verschuldens bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu formulieren:

> Dem Arbeitnehmer obliegt es, mit Arbeitsunfähigkeit verbundene Erkrankungen zu vermeiden. Die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung dieser Obliegenheit führt zum Verlust des Arbeitsentgelts.

4. Rechtswidrigkeitsfragen

Da die Obliegenheit keine echte schuldrechtliche Verbindlichkeit ist, können die für diese geltenden Vorschriften nur entsprechend herangezogen werden [1]. Ist die Obliegenheit objektiv verletzt worden, dann ist das Verhalten deshalb nicht rechtswidrig, sondern man könnte es mit Rücksicht auf die schwächere Mißbilligung allen-

---

1) Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb., § 3 II 2

falls als analog rechtswidrig bezeichnen Besser wäre es vielleicht, einfach von obliegenheitswidrigem Tun oder Unterlassen zu reden.

Schon an dem äußeren Verletzungstatbestand fehlt es dort, wo dem Arbeitnehmer die Erfüllung der Obliegenheit im Einzelfall nicht zugemutet werden kann. Er ist dann von der Obliegenheit "befreit" und die Frage des Vorsatzes oder der groben Fahrlässigkeit braucht gar nicht aufgeworfen zu werden. Solche Unzumutbarkeit ist gegeben, wenn bei gleicher Gestaltung der Sachlage auch die Arbeitspflicht fortfallen würde, weil sie mit einer höherrangigen, etwa sittlichen oder moralischen Pflicht kollidiert [2]. Als Beispiel sei ein Arbeitnehmer genannt, der bei der Rettung von Menschen aus Feuersgefahr, Überschwemmungen oder anderen Katastrophen sich Wunden zuzieht, deren Heilung eine Krankenhausbehandlung erfordert. Obwohl hier unter Umständen der Arbeitnehmer bewußt seine Gesundheit gefährdet hat, muß ihm unbestreitbar der Lohn weitergezahlt werden. Unter den gleichen Voraussetzungen wäre er zur Versäumung seiner Arbeit berechtigt. Dieses Ergebnis folgt auch aus der Überlegung, daß die Rechtsordnung da, wo sie ausnahmsweise den Schuldner von einer bestehenden Pflicht freistellt, sie erst recht mit der Nichterfüllung einer bloßen Obliegenheit einverstanden ist.

---

1) So R. Schmidt, Obliegenheiten, S. 318, 115, im Zusammenhang mit der Problematik des § 254 BGB

2) Die Berechtigung zur Arbeitsversäumnis wegen Erfüllung höherer Pflichten wird allgemein anerkannt: vgl. Hueck-Nipperdey I, 7. Aufl., § 34 IV 2; Staudinger-Nipperdey-Neumann, 11. Aufl., Rdn. 132 zu § 611; Nikisch I, 3. Aufl., § 43 I 2, der u.a. moralische Beistandspflichten erwähnt.

5. Verschuldensmaßstab

Es ist bereits gesagt worden, daß in Übereinstimmung mit der in Wissenschaft und Rechtsprechung seit langem herrschenden Meinung das Verschulden auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt wird, also die Fälle leichter Unvorsichtigkeit ausgeschlossen werden.

Eine gewisse Schwierigkeit bereitet dabei die Definition der Fahrlässigkeit, weil die vom BGB in § 276 gegebene einen objektiven Maßstab enthält, der mit dem Pflichtbegriff eng verbunden ist, das heißt, die Definition ist im Sinne des Schutzes fremder Interessen formuliert. Das entspricht nicht der gespaltenen Interessenlage, wie sie bei der Obliegenheit zu finden ist. Innerhalb der eigenen Rechtssphäre erfordert nicht der Verkehr ein bestimmtes Maß an Sorgfalt, sondern die Wahrung der eigenen Belange verlangt ein gewisses Mindestmaß an Umsicht. Unter Berücksichtigung der Interessen beider Partner des Arbeitsvertrages müßte im Sinne des § 616 BGB formuliert werden: grob fahrlässig handelt der Arbeitnehmer, der in grober Weise diejenige Sorgfalt außer acht läßt, welche einem verständigen Arbeitnehmer zugemutet werden kann, um sich und den Arbeitgeber vor Arbeitsunfähigkeit und den damit verbundenen Folgen zu bewahren [1].

---

1) Ähnlich sagt Larenz I, 6. Aufl., § 15 I a im Zusammenhang mit § 254 BGB: Fahrlässigkeit bedeute hier Außerachtlassung derjenigen Sorgfalt, die erforderlich ist, um andere oder auch sich selbst vor Schädigungen zu bewahren.

# L e b e n s l a u f

Am 9.12.1936 wurde ich in Berlin als Sohn des Bäckermeisters Fritz Meyer und seiner Ehefrau Ursula geb. Stein geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule und der Oberschule wissenschaftlichen Zweiges legte ich im März 1956 auf der Robert-Blum-Schule in Berlin-Schöneberg die Reifeprüfung ab.

Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin und an der Universität Freiburg. Am 12.10.1960 bestand ich das erste juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt Berlin.

Nach knapp vierjähriger Referendarausbildung im Bezirk des Kammergerichts legte ich am 11.12.1964 das zweite juristische Staatsexamen in Berlin ab.